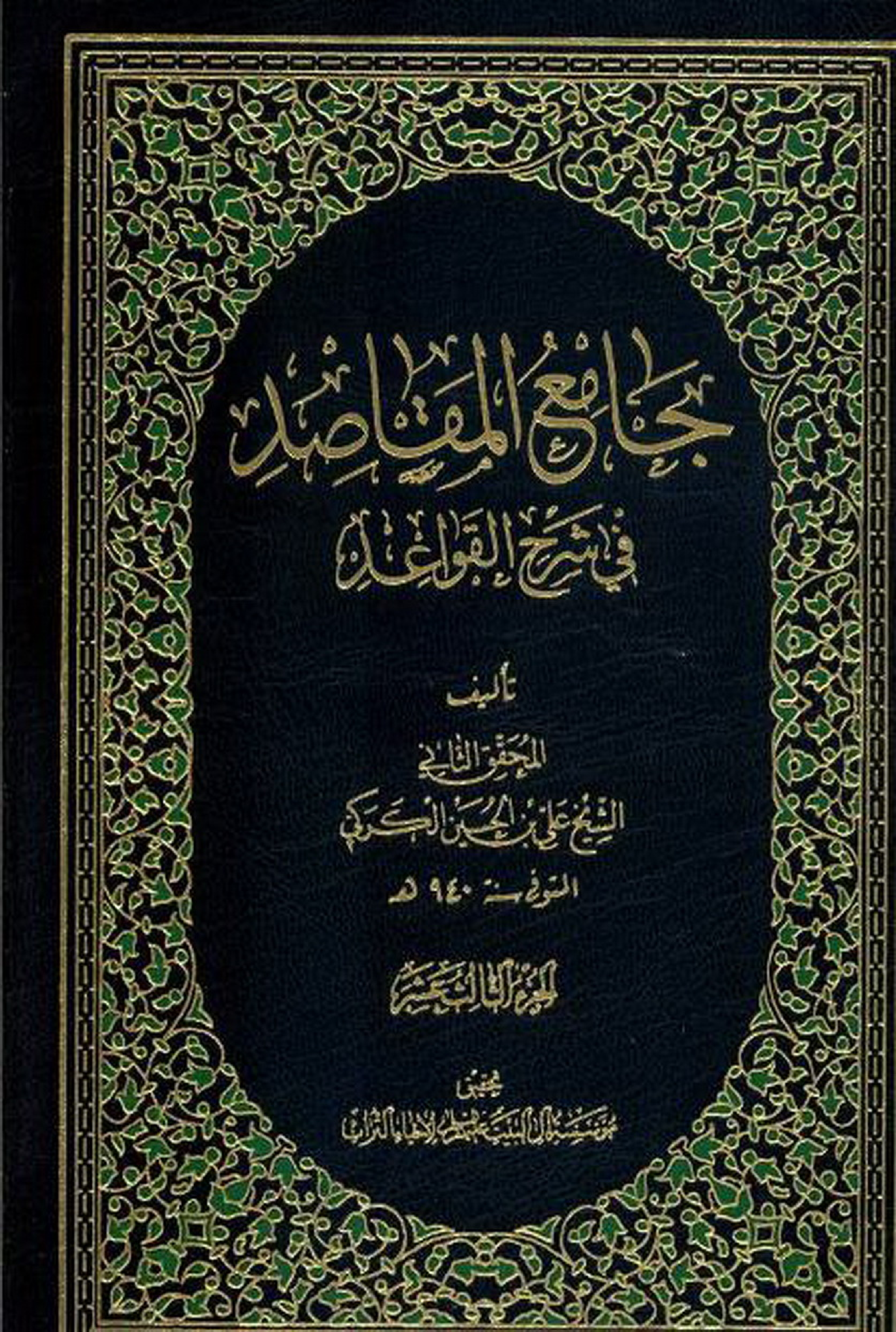

جامع المقاصد
في شرح القواعد
تأليف
المحقق الثاني
الشيخ علي بن الحسين الكركي
المتوفى سنة ٩٤٠ هـ
الجزء الثالث عشر
تحقيق
مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث



جامع المقاصد

في شرح القواعد


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

جامع المقاصد

في شرح القواعد

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

تأليف

المحقق الثاني

الشيخ علي بن الحسين الكركي

المتوفى سنة ٩٤٠ هـ

الجزء الثالث عشر

تحقيق

مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الثانية

١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م

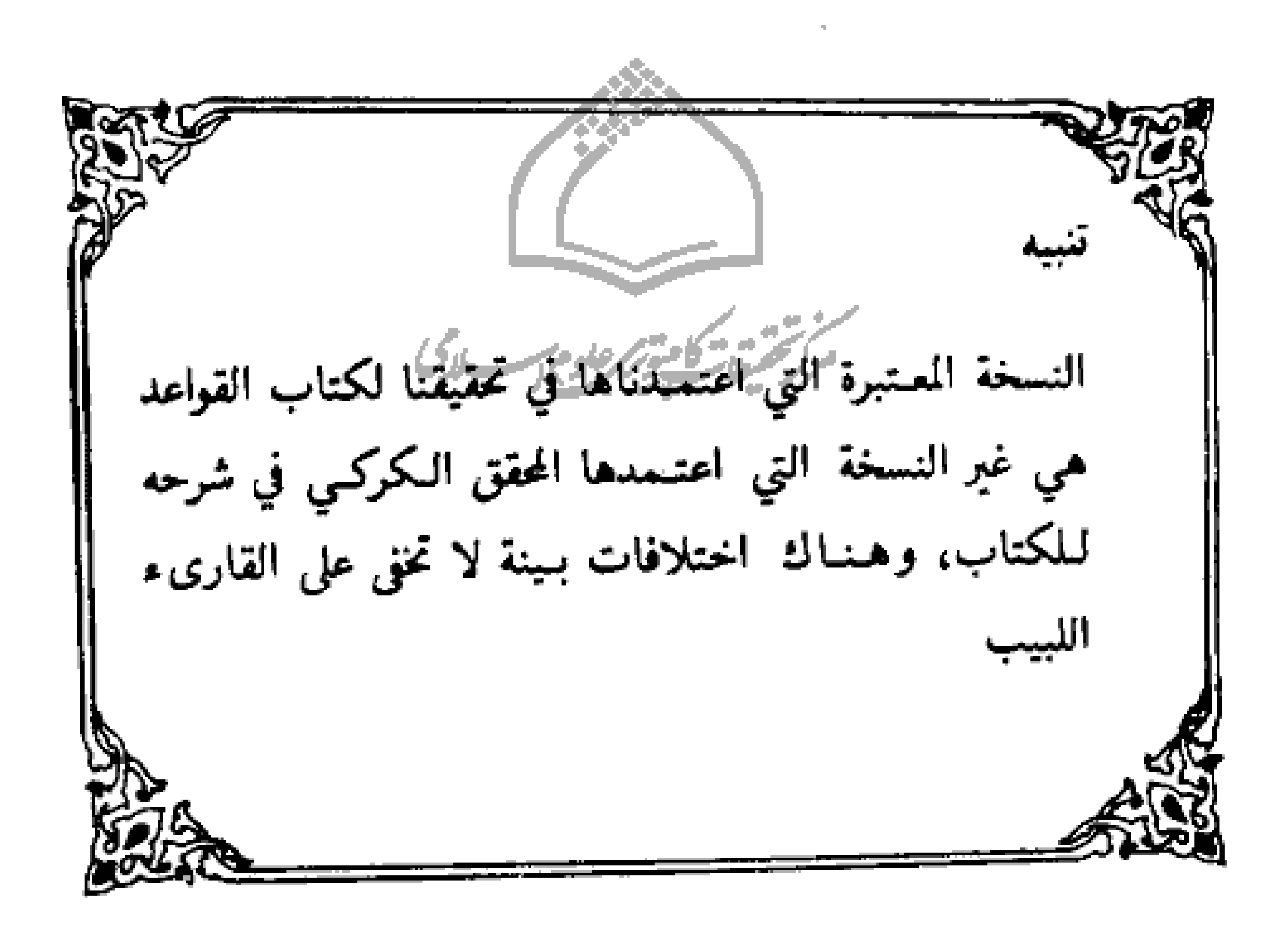
مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

بيروت - لبنان - ص ب ٣٤ / ٢٤ - تلفاكس ٥٤١٤٣١ - هاتف ٥٤٤٨٠٥

E-mail:alalbayt@inco.com.lb


بسم الله الرحمن الرحیم



تنبيه

النسخة المعتبرة التي اعتمدناها في تحقيقنا لكتاب القواعد هي غير النسخة التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه للكتاب، وهناك اختلافات بينة لا تخفى على القارىء اللبيب

الباب الرابع:

في باقي أقسام النكاح وفيه مقصدان:

الأول: في المنقطع، وهو سائغ في شرع الاسلام

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

قوله: (الباب الرابع: في باقي اقسام النكاح، وفيه مقصدان: الأول: في المنقطع وهو سائغ في شرع الاسلام).

أجمع أهل الاسلام قاطبة على أن النكاح المنقطع وهو نكاح المتعة[1] كان مشروعاً في صدر الاسلام، واتفق أهل البيت عليهم السلام على بقاء شرعيته، وانه لم ينسخ، واخبارهم بذلك متواترة[2]. واطبق فقهاء العامة على انه نسخ[3]، مع أنهم رووا في كتبهم بقاء شرعيته[4]، وأن جمعاً من اعيان الصحابة والتابعين قائلون بشرعيته وانه لم ينسخ منهم ابن عباس ، وإنما الذي نهى عن المتعة هو عمر بن الخطاب[5].

(١) في نسخة «ش»: وإنما سمّي متقطعاً في مقابل النكاح الدائم، وانما سمّي متعة لأن الغرض منه محض التمتع وكثرة الشهوة، دون الولد واستدامة المعاش.

(٢) الكافي ٥:٤٤٨ باب المتعة، الفقيه ٣:٢٩١ باب المتعة، التهذيب ٧:٢٥٠ حديث ١٠٨١ وغيرها، الاستبصار ٣:١٤١ حديث ٥٠٧ وغيرها. وانظر: الوسائل باب ١ من أبواب المتعة.

(٣) انظر: التفسير الكبير ١٠:٤٩، احكام القرآن للقرطبي ٥:١٣٣.

(٤) صحيح مسلم ٢:١٠٢٣ حديث ١٥.

(٥) التفسير الكبير ١٠:٤٩، أحكام القرآن للقرطبي ٥:١٣٣، سنن البيهقي ٧:٢٠٦.

. . . .

روى ذلك مسلم وغيره من اعيان محدثيهم[١]، ورووا أن عمر قال على المنبر: متعتـان كانتا على عهد رسول الله صلّى الله عليه وآله حلالاً أنا احرمهما واعاقب عليهما[٢] واخبارهم في ذلك كثيرة [٣].

وأمـا اصحـابنـا رضي الله عنهم فإنهم مع اطبـاقهم على شرعيتـه قائلون باستحبابه، وا خبارهم ناطقة بذلك[٤].

روى ابن بابويه في الفقيه: أن الصادق عليه السلام قال: «ليس منا من لم يؤمن بكرّتنا ويستحل متعتنا»[٥].

وروى عن صالح بن عقبة عن أبيه عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: للمتمتع ثواب؟ قال: «إن كان يريد بذلك الله تعالى وخلافاً على من انكرها لم يكلمها كلمة إلّا كتب الله له بها حسنة، ولم يمدّ يده اليها إلّا كتب الله تعالى له حسنة، فإذا دنا منها غفر الله تعالى له بذلك ذنباً، فإذا اغتسل غفر الله له بعدد ما مر من الماء على شعره» قلت: بعدد الشعر؟ قال: «نعم بعدد الشعر»[٦].

وقال ابو جعفر عليه السلام: «إن النبي صلّى الله عليه وآله لما أُسري به إلى السماء قال: لحقني جبرئيل عليه السلام فقال: يامحمد إن الله تبارك وتعالى يقول: إني قد غفرت للمتمتعين من أُمتك من النساء»[٧].

وفيه قال الصادق عليه السلام: « إني لأكره للرجل أن يموت وقد بقيت خلة

---

(١) صحيح مسلم ٢:١٠٢٣ حديث ١٦ و ١٧.

(٢) سنن البيهقي ٧:٢٠٦.

(٣) سنن البيهقي ٧:٢٠٦، مسند أحمد بن حنبل ٣:٣٢٥.

(٤) الكافي ٥:٤٦٥ حديث ١، الفقيه ٣:٢٩٧ حديث ١٤١٤. وانظر: الوسائل ١٤:٤٤٢ باب استحباب المتعة.

(٥) الفقيه ٣:٢٩١ حديث ١٣٨٤.

(٦) الفقيه ٣: ٢٩٥ حديث ١٤٠١.

(٧) الفقيه ٣: ٢٩٥ حديث ١٤٠٢.

وفيه فصلان:

الأول: في أركانه، وهي أربعة:

الأول: العقد، وألفاظ الايجاب كالدائم: زوجتك، وانكحتك، ومتعتك بكذا مدة كذا.

ولا ينعقد بالتمليك، والهبة، والاجارة، والبيع، والاباحة وغيرها.

والقبول: كل ما يدل على الرضى كقبلت ورضيت مطلقاً، أو مقيداً بلفظ الايجاب، أو بمعناه.

من خلال رسول الله صلّى الله عليه وآله لم يأتها». فقلت: فهل تمتع رسول الله صلّى الله عليه وآله فقال: «نعم» وقرأ هذه الآية: ﴿وإذ أسرَّ النبي إلى بعض ازواجه حديثاً ـ إلى قوله ـ ثيبات و ابكاراً﴾ [1] والأخبار في ذلك كثيرة [2].

قوله: (وفيه فصلان: الأول: في أركانه وهي أربعة:

الأول: العقد، والفاظ الايجاب كالدائم: زوجتك، وانكحتك، ومتعتك بكذا مدة كذا، ولا ينعقد بالتمليك والهبة والاجارة والبيع والاباحة وغيرها.

والقبول: كل ما يدل على الرضى كقبلت ورضيت مطلقاً، أو مقيداً بلفظ الايجاب،أو بمعناه).

عقد المتعة كالدوام من العقود اللازمة من الطرفين، فيعتبر فيه العقد المشتمل على الايجاب والقبول، الواقعين بالعربية، بغير فصل بكلام آخر بينهما أو بزمان طويل عادة، بالعربية كما سبق تحقيقه في الدائم.

والفاظ الايجاب ثلاثة لا يجزئ غيرها عند اكثر الأصحاب: زوجت، وانكحت، ومتعت ولا خلاف في اجزاء كل منها، وإن اختلف في اجزاء متعتك في الدائم.

---

(١) سورة التحريم: ٣-٥، الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٦.

(٢) الفقيه ٣: ٢٩٥ حديث ١٤٠٣، وانظر: الوسائل ١٤: ٤٤٢ باب استحباب المتعة.

ولـو قدّمه فقال: تزوجت، فقالت: زوجتك، صح.

والفـرق أن لفظ التمتع حقيقة بنكاح المتعة، وقد يناقش في قول المصنف: (والفاظ الايجاب كالدائم)؛ لأن المشبه به اصل فيجب أن يكون اقوى، ولعله اراد بالتشبيه الانحصار في ذلك؛ لتطرق توهم الإجزاء بلفظ غير الثلاثة، لأن هذا النكاح شرعاً واتفـاقـاً، فيناسبه زيادة التخفيف فيه على أنه لايجزئ سوى هذه الألفاظ. ويستفاد من ذلك رد مقالة المرتضى: أن تحليل الأمة عقد متعة[1]، فيكون منعقداً بلفظ بحت، ولابد من التعيين من الزوجة، فتقول: متعتك نفسي، إن كان العاقد هو المرأة، وإلّا وجب تعيينها كما سبق في الدائم سواء.

ولـو كان لرجل عدة بنات فزوّج احداهن متعة، ثم اختلف هووالزوج في المعقود عليها، وكان الزوج قد رآهن، فهل ينسحب ما سبق في الدائم عند من يقول بالصحة؟ يحتمل ذلك،ولما لم يكن بد من ذكر المهر هنا وكذا الأجل، صرح المصنف بقوله في صورة العقد: (بكذا مدة كذا) ولم يفعل كما فعل في صورة عقد الدوام.

وأكد ما سبق بقوله:(ولاينعقدبالتمليك والهبة والاجارة والبيع والاباحة وغيرها) مثل الصلح وغيره، سواء قصد بأحد هذه الألفاظ مدلوله الحقيقي أو تجويزه في النكاح قطعاً؛ لأن العقود اللازمة إنما تنعقد بالألفاظ الصريحة في ذلك الباب دون ما سواها، مع أن الأمر في الفروج مبني على الاحتياط التام.

والفاظ القبول كل ما دل على الرضى بالايجاب كقبلت ورضيت مطلقاً، أي خالياً من التقييد بشيء، أو مقيداً: إما بلفظ الايجاب مثل قبلت التزويج اذا كان الايجاب به، أو قبلت النكاح والايجاب بالتزويج، ولايشترط التقييد عندنا كما سبق بيانه في الدائم.

قوله: (ولو قدّمه فقال: تزوجت، فقال: زوجتك صح).

---

(١) نُقل عنه هذا القول في التنقيح الرائع ٣: ١٦٨.

ولابد من صيغة الماضي في الطرفين.

وقيل: لو قال: أتزوجك بكذا مدة كذا منشئاً، فقالت: زوجتك، صح.

الأصل في الايجاب في كل عقد أن يكون مقدماً على القبول؛ لأن حقيقة الرضى بالايجاب، فلابد من تحققه في نفسه ليمكن الرضى به، فلو قدّم القبول في شيء من العقود اللازمة ففي اعتبار ذلك العقد قولان، أصحها العدم.

واستثنى المصنف وجماعة النكاح، فجوزوا تقديم القبول فيه تعويلاً على رواية تقدم ذكرها في أول كتاب النكاح، وهي رواية سهل الساعدي[1]. ولأن الحياء يمنع المرأة غالباً من الابتداء بالايجاب، فإذا ابتدأ هو بالقبول متضمناً لكل ما يطلب وقوع الايجاب عليه من مهر واجل وغيرهما خفت المؤنة عليها، فجاز التقديم لذلك، وبقي الجواز اذا عقد وكيلها أو وليها لقيامه مقامها.

وقد ادعى الشيخ الاجماع على الجواز[2]، ولابأس بذلك وإن كان اعتبار تقديم الايجاب لايخلو من قوة؛ لأن الأسباب بتوقيف الشارع، وقد بيّنا فيما سبق أن الرواية لا دلالة فيها على خلاف ذلك.

قوله: (ولابد من صيغة الماضي في الطرفين، وقيل: لو قال: اتزوجك بكذا مدة كذا منشئاً، فقالت: زوجتك صح).

لما كان لفظ الفعل الماضي اذا وقع انشاءً لايحتمل معنى آخر سوى ثبوت الفعل في الحال، بخلاف لفظ الفعل المستقبل فإنه كما يحتمل الثبوت في الحال يحتمل في الاستقبال، فإن بعت مثلاً اذا وقع انشاءً لايحتمل إلّا ايقاع البيع في الحال، بخلاف ابيع، كان لفظ الماضي صريحاً بالاضافة إلى المقصود بخلاف غيره، فلذلك تعيّن للانشاء في العقود اللازمة صيغة الماضي ولم يكتف بغيرها، إذ لايعتبر فيها إلّا الألفاظ

---

(١) صحيح مسلم ٢: ١٠٤١ حديث ١٤٢٥، سنن أبي داود ٢: ٢٣٦ حديث ٢١١١، سنن النسائي ٦: ١١٣، سنن البيهقي ٧: ٢٤٢.

(٢) المبسوط ٤: ١٩٤.

الثاني: المتعاقدان، ويجب كونهما كاملين، واسلام الزوجة، أو كونها كتابية، فيمنعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات، واسلام الزوج، وايمانه إن كانت المرأة كذلك. وتحرم الوثنية، والناصبية المعلنة بالعداوة،

الصريحة في كل باب من الأبواب دون غيرها من الفاظ المجاز والكنايات. ولما كان النكاح موضع الاحتياط في نظر الشرع، لما عهد شرعاً من كمال عناية الشارع بالاحتياط في الفروج، كان اولى بهذا الحكم من غيره.

وقد خالف جمع من الأصحاب في ذلك، فاكتفوا بصيغة المستقبل في الدوام كما سبق. وكذا في المتعة تعويلاً على رواية أبان بن تغلب، عن أبي عبدالله عليه السلام في المتعة كيف أقول لها اذا خلوت بها؟ قال: «تقول: اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه ـ إلى أن قال ـ فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي امراتك»[1] الحديث، ولأن شرعية المتعة تسهيلاً على المكلفين، فيناسبها التخفيف بتكثير العبارات.

وفي الدليل ضعف؛ لمنع سند الرواية، وأنه يلزم منها خلو العقد عن الايجاب، فإن نعم في جواب اتزوجك لايكون ايجاباً؛ لأنه قبول، ولا شيء من العقود اللازمة كذلك، والتسهيل لا يقتضي ذلك بخصوصه.ولم يصرحوا با نعقاد المتعة بلفظ نعم، لكن القول الذي سبق في الدوام يطرد فيه بطريق أولى، والأصح أنه لا ينعقد بغير لفظ الماضي.

قوله: (الثاني: المتعاقدان، ويجب كونهما كاملين، واسلام الزوجة أو كونها كتابية، فيمنعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات، واسلام الزوج، وايمانه إن كانت الزوجة كذلك. وتحرم الوثنية، والناصبة المعلنة بالعداوة،

---

(١) الكافي ٥:٤٥٥ حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٦٥ حديث ١١٤٥، الاستبصار ٣: ١٥٠ حديث ٥٥١.

والأمة على الحرة إلّا باذنها، فيقف أو يبطل على خلاف.

وبنت الأخ أو الأُخت على العمة والخالة إلّا مع اذنها، فيقف أو يبطل.

ولو فسخت الحرة أو العمة أو الخالة بطل اجماعاً.

والأمة على الحرة إلّا باذنها، فيقف أو يبطل على خلاف، وبنت الأخ أو الاخت على العمة والخالة إلّا مع اذنها فيقف أو يبطل، ولو فسخت الحرة أو العمة أو الخالة بطل اجماعاً).

يشترط في كل من المتعاقدين في النكاح المنقطع شروط، فبدونها لايعتد بالنكاح:

الأول: يجب كونهما كاملين، بمعنى أنه لابد من ذلك، فلو انتفى وصف الكمال عنهما أو عن احدهما لم يعتد بالعقد الواقع بينهما؛ بل كان باطلاً، سواء كان العاقد الزوجين أو وليهما أو وكيلهما. ويتحقق الكمال بالعقل والبلوغ والحرية والرشد، وقد مر تحقيق ذلك كله مستوفاً في النكاح الدائم،فلا حاجة الى اعادته.

الثاني: اسلام الزوجة أو كونها كتابية، لكن هذا إنما يشترط اذا كان الزوج مسلمًا، أما الكافر فإنه لايمنع من العقد على الوثنية متعة ولا دواماً وإن كان ذمياً، ولو اسلما بعد العقد فهو بحاله، وقد سبق فتوى المصنف في البحث عن أحكام الكفر بجواز المتعة بالكتابية والمجوسية ومنع الدوام، وظاهر عبارته هنا يقتضي منع المتعة بالمجوسية حيث اشترط اسلام الزوجة أو كونها كتابية، وكأنه اعتمد على ما بيّنه هناك فتسامح هنا.

واعلم أن المتبادر من قوله: (فيمنعهامن شرب الخمر وارتكاب المحرمات) وجوب ذلك عليه، مع احتمال أن يريد به الجواز، وكذا عبّر معظم الأصحاب.

وعلى كلٍ من التقديرين اشكال: أما على تقدير ارادة الوجوب؛ فلأن أهل الذمة لايجوز التعرض اليهم فيما يعتقدون حله من المحرمات والمنكرات مالم يتظاهروا

. . . .

به، بل هم مقرون عليه، سواء في ذلك الزوجة وغيرها، فكيف يجب منعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات.

وأما على تقدير الجواز؛ فلأنه وإن جاز له منعها من شرب الخمر؛ لأنه مظنة الاسكار المنقص للاستمتاع والمفوّت للعفة، من حيث أنها حينئذٍ لا ترد يد لامس، وكذا ما جرى مجراه من الأشياء المستقذرة، إلاّ أنه ليس له منعها من كل محرم؛ لما سبق.

وقد ذكر المصنف في التذكرة في أحكام نكاح الكفر: أن للزوج المنع من لبسها جلد الميتة اذا كان له رائحة منتنة، وبدونها اشكال[1].

وقد يسأل ها هنا عن شيء وهو: انه ما الذي يراد بالتظاهر، أهو ارتكاب الشيء علانية بحيث لايبالي فاعله بمن يطلع عليه، أم فعله بحيث يطلع عليه ولو بعض المسلمين وإن اعتمد الفاعل المستتر به وأخفاه؟ والذي يلوح من كلامهم هو الأول، ولولا ذلك لم يكن للاشكال في كلام التذكرة هذا وجه.

الثالث: اسلام الزوج وايمانه إن كانت الزوجة كذلك، أما اسلامه اذا كانت الزوجة مسلمة فبالنص والاجماع، قال سبحانه وتعالى: ﴿**ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا**﴾[2] وأما ايمانه اذا كانت الزوجة مؤمنة فهو اصح القولين عند الأصحاب، وقد قدّمنا في النكاح الدائم دليل القولين وتصحيح الأصح منها.

واعلم أن المصنف إنما جمع بين الاسلام والايمان، وإن كان اشتراط الأخص يغني عن اشتراط الأعم؛ لأنه حاول التنبيه على اشتراط الاسلام إذا كانت الزوجة مسلمة، والايمان اذا كانت مؤمنة، فكأنه أراد اشتراط الاسلام إذا كانت الزوجة مسلمة، واشتراط الايمان كذلك.

---

(١) التذكرة ٢: ٦٤٦.

(٢) البقرة: ٢٢١.

الرابع: كون الزوجة غير وثنية، وقد علم هذا من قوله: (واسلام الزوجة أو كونها كتابية).وكذا يشترط كونها غير ناصبة معلنة بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام، وهذا أيضاً معلوم من اشتراط اسلامها أو كتابيتها؛ لأن الناصب شر من اليهودي والنصراني.

وقد روى الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يتزوج المؤمن الناصبة المعروفة بذلك»[1].

وروى فضيل عن أبي جعفر عليه السلام قال: ذكر الناصب فقال: «لاتناكحهم ولا تأكل ذبيحتهم ولا تسكن معهم»[2].

واعلم أن قول المصنف:(المعلنة بالعداوة) تفسير للناصبية، فإن المراد بالناصب من يعلن بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام، وليس كل مخالف ناصباً.

الخامس: كون الزوجة غير أمة لمن عنده حرة، إلّا أن تأذن الحرة لمثل ما سبق في النكاح الدائم، فإن بادر إلى العقد من دون اذنها ففي بطلانه من رأس أو وقوفه على الاجازة القولان المذكوران سابقاً، والأصح هناك هو الأصح هنا.

السادس: أن لاتكون بنت الأخ ولا بنت الأُخت لمن عنده العمة أو الخالة إلّا باذنهما، فإن بادر وعقد بدون الاذن ففي البطلان أو وقوفه على اجازتهما القولان السابقان، والترجيح كما سبق. ولا فرق بين كون العمة والخالة معقوداً عليهما متعة أو دواماً، وكذا الأمة لصدق الزوجية على كل تقدير.

واعلم أن في قول المصنف: (ولو فسخت الحرة أو العمة أو الخالة بطل اجماعاً) تسامحاً؛ لأن البطلان لا يترتب على الفسخ إلّا عند من يقول بوقوع العقد موقوفاً دون من يرى بطلانه من رأس، وكأنه أراد أنه لو فسخت احداهن كان بطلان العقد

---

(١) الكافي ٥: ٣٤٨ حديث ٣، التهذيب ٧: ٣٠٢ حديث ١٢٦٠، الاستبصار ٣: ١٨٣ حديث ٦٦٤.

(٢) التهذيب ٧: ٣٠٣ حديث ١٢٦٤، الاستبصار ٣: ١٨٤ حديث ٦٦٨.

وتكره الزانية، فيمنعها لو فعل، وليس شرطاً. وعدم استئذان الأب في البكر، والتمتع ببكر ليس لها أب، فلا يقتض لو فعل، وليس محرماً.

حينئذٍ محل وفاق.

واعلم أيضاً أنه كما يشترط ما ذكر، كذا يشترط كون الزوجة ليست احدى المحرمات عيناً أو جمعاً، ولم يتعرض المصنف إلى ذلك اكتفاء بما سبق.

قوله: (ويكره الزانية، فيمنعها لو فعل،وليس شرطاً.وعدم استئذان الأب في البكر،والتمتع ببكر ليس لها أب ولا يقتض لو فعل، وليس محرماً).

قد سبق ذكر الشروط التي لها دخل في صحة العقد، والمطلوب هنا بيان ماله دخل في كماله، وبيانه في مباحث:

الأول: يكره التمتع بالزانية، فإن فعل فليمنعها من الزنا وجوباً عليه من باب الحسبة، وليس شرطاً في حل المتعة.

ومنع الصدوق في المقنع من التمتع بها[١]، وقال ابن البراج: لايعقد على فاجرة إلاّ اذا منعها من الفجور[٢]. والأصح الأول.

لنا: الأصل، و قوله تعالى: ﴿واحل لكم ما وراء ذلكم﴾[٣].

وما رواه علي بن يقطين قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: نساء أهل المدينة، قال: (فواسق)، قلت: فاتزوج منهن قال: (نعم)[٤].

احتج المخالف بقوله تعالى: ﴿والزانية لاينكحها إلاّ زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين﴾[٥].

---

(١) المقنع: ١١٣.

(٢) المهذب ٢: ٢٤١.

(٣) النساء: ٢٤.

(٤) التهذيب ٣: ٢٥٣ حديث ١٠٩١، الاستبصار ٣: ١٤٣ حديث ٥١٧.

(٥) النور: ٣.

. . . .

وبصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع عن الرضا عليه السلام، إلى أن قال: فإن اتهمتها قال: «لاينبغي لك أن تتزوج إلاّ مأمونة إن الله تعالى يقول: ﴿الزاني لاينكح إلاّ زانية أو مشركة والزانية لاينكحها إلاّ زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين﴾»[1].

وبما رواه محمد بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن المرأة الحسناء الفاجرة هل يجوز للرجل أن يتمتع منها يوماً أو اكثر فقال: «إذا كانت مشهورة بالزنا فلا تتمتع منها ولا تنكحها»[2]، ولأنه لايؤمن اختلاط المياه والأنساب.

ويلوح من كلام ابن بابويه وابن البراج أن كلًا منهما مستقل بقوله غير قول الآخر.

والجواب أن الآية لاتدل على تحريم النكاح، والمشار إليه ب (ذلك) يحتمل كونه الزنا، وقد قيل: إن نكاح الزانية كان محرماً في أول الاسلام ثم نسخ بقوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾[3].

وأما الخبران فإنها محمولان على الكراهية جمعاً بين الأخبار، على أن الأول لا يدل على ازيد من الكراهية؛ لأن المفهوم من قوله: «لا ينبغي» هو ذلك.

وأما اختلاط المياه والأنساب فدفعه بأن الزاني لا ماء له، ومن ثم لم يكن المنع من الزنا شرطاً.

الثاني: يكره التمتع ببكر لها أب مع عدم استئذانه اذا كانت بالغة رشيدة، ومنع الشيخ من الافضاء اليها مع قوله بالجواز[4]، واحتاط ابن البراج بالمنع من العقد

---

(١) الكافي ٥: ٤٥٤ حديث ٣، الفقيه ٣: ٢٩٢ حديث ١٣٨٨، التهذيب ٧: ٢٦٩ حديث ١١٥٧، الاستبصار ٣: ١٥٣ حديث ٥٦٠.

(٢) الكافي ٥: ٤٥٤ حديث ٦، التهذيب ٧: ٢٥٢ حديث ١٠٨٧، الاستبصار ٣: ١٤٣ حديث ٥١٣.

(٣) ذهب إليه سعيد بن المسيب كما في التفسير الكبير ٢٣: ١٥١.

(٤) النهاية: ٤٩٠.

. . . .

عليها إلّا باذنه[1].

ومنع الصدوق[2]، وأبو الصلاح من العقد عليها بدون اذنه[3]. والأصح الأول.

لنا: انها بالغة يجوز العقد عليها دائماً فيجوز منقطعاً؛ لأنه أحد النكاحين.

ومـارواه سعد بن مسلم عن رجل عن الصادق عليه السلام قال: «لابأس بتزويج البكر اذا رضيت من غير اذن ابيها»[4]، والتزويج صادق على المتعة فيعمها؛ لوقوعه في سياق «لا».

احتج المانع برواية أبي مريم عن الصادق عليه السلام قال: «إن العذراء التي لها أب لاتتزوج متعة إلّا باذن أبيها»[5].

وما رواه أبو سعيد عن الحلبي قال: سألته عن التمتع من البكر اذا كانت بين ابويها بلا اذن ابويها فقال: «لا بأس مالم يقتض ما هناك لتعف بذلك»[6].

وجوابه: إن الخبر الأول يراد به التي لم تبلغ، جمعاً بينه وبين غيره من الأخبار الدالة على جواز التمتع بالبكر وإن كانت بين ابويها، أو أن المراد به الكراهية كالذي بعده.

ويدل عليه ما رواه حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوج بالبكر متعة قال: «يكره للعيب على أهلها»[7].

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه ينبغي له أن لايقتضها، فإن ذلك مكروه جداً؛ لما

---

(١) المهذب ٢:٢٤١.

(٢) المقنع: ١١٣.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٩٩.

(٤) التهذيب ٧: ٢٥٤ حديث ١٠٩٥.

(٥) الفقيه ٣: ٢٩٣ حديث ١٣٩٤، التهذيب ٧: ٢٥٥ حديث ١٠٩٩، الاستبصار ٣: ١٤٥ حديث ٥٢٧.

(٦) التهذيب ٧: ٢٥٤ حديث ١٠٩٨، الاستبصار ٣: ١٤٥ حديث ٥٢٦.

(٧) الفقيه ٣: ٢٩٣ حديث ١٢٩٣، التهذيب ٧: ٢٥٥ حديث ١١٠٢.

الثالث: المهر، وهو شرط في المتعة خاصة، فلو أخل به بطل العقد.

رواه أبو سعيد القمّاط عمن رواه عن الصادق عليه السلام قال: «واتق موضع الفرج؛ لأن فيه عاراً عليها وعلى أهلها»[1] ولا يحرم ذلك للرواية المتقدمة، ولأنها مالكة أمرها، ومتى صح النكاح ترتب عليه احكامه.

الثالث: يكره التمتع ببكر ليس لها أب؛ لأنه إذا كره مع وجود الأب بدون اذنه فمع عدمه بطريق أولى، ولما فيه من الضرر عليها بالعار، وقلة رغبة الازواج فيها.

ورواية حفص السابقة تدل على ذلك، فإن فعل لم يقتضها؛ لأن العيب به أشد، وليس محرماً؛ لما ذكرناه في ذات الأب ولايخفى أن موضع الكراهية ما اذا تمتع بها سراً لاستهجان المتعة، فلا يكره بدونه لانتفاء المحذور.

واعلم أن قول المصنف:(ولايقتض لو فعل وليس محرماً) يتعلق بالمسألتين معاً، واقتضاض الجارية وافتراعها: ازالة بكارتها.

قوله: (الثالث: المهر، وهو شرط في المتعة خاصة،فلو أخل به بطل العقد).

لما كان الغرض الأصلي من نكاح المتعة هو الاستمتاع واعفاف النفس أشد شبهة بعقود المعاوضات، وقد وقع التنبيه على ذلك في خبر عبيد بن زرارة بقول أبي عبدالله عليه السلام: «فانهن مستأجرات»[2].

وفي خبر محمد بن مسلم حيث قال أبو جعفر عليه السلام: «وإنما هي مستأجرة»[3]،فلذلك كان ذكر المهر في العقد شرطاً لصحته كسائر عقود المعاوضة، فلو وقع الاخلال به عمداً أو نسياناً بطل العقد اجماعاً.

---

(١) التهذيب ٧: ٢٥٤ حديث ١٠٩٦.

(٢) الكافي ٥: ٤٥٢ حديث ٧، التهذيب ٧: ٢٥٩ حديث ١١٢٠، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٥٣٨.

(٣) الكافي ٥: ٤٥١ حديث ٥، التهذيب ٧: ٢٥٩ حديث ١١٢١، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٥٣٩.

ويشترط الملكية، والعلم بقدره كيلاً أو وزنا أو مشاهدة أو وصفاً، ولا حد له قلة وكثرة.

وفي رواية زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام: «لايكون متعة إلاّ بأمرين بأجل مسمّى وأجر مسمّى»[1].

وروى اسماعيل بن الفضيل الهاشمي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المتعة فقال: «مهر معلوم إلى اجل معلوم»[2].

وهذا بخلاف عقد الدوام، فإنه ليس الغرض منه ذلك فقط، بل الغرض الأصلي منه النسل، فكان شبهه بالمعاوضات أقل، وقد سمّى الله سبحانه المهر صدقة ونحلة، فمن ثم جاز تجريد العقد عنه ولم يكن ذكره شرطاً، وإلى هذا اشار المصنف بقوله: (وهو شرط في المتعة خاصة).

قوله: (ويشترط الملكية، والعلم بقدره كيلاً أو وزناً أو مشاهدة أو وصفاً، ولا حد له قلة وكثرة).

هنا مسألتان:

الأولى: يشترط في المهر أن يكون مما يملكه المتعاقدان، فلا يصح العقد للمسلم على الخمر والخنزير. ويشترط كونه مملوكاً للعاقد، فلو عقد لنفسه على مال الغير لم يصح؛ لامتناع أن يملك البضع بمال غيره، ولا أثر لرضاء المالك بعد العقد.

وكذا يشترط العلم بقدره بالكيل أو الوزن في المكيل أو الموزون، وبالمشاهدة فيهما وفي غيرهما. فلو عقدا على صبرة من طعام مشاهدة صح؛ لاندفاع الغرر بالمشاهدة. وليس هذا كالمعاوضات الحقيقية؛ لابتنائها على المكاسبة والمغابنة،

---

(١) الكافي ٥: ٤٥٥ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٣.

(٢) التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٥.

واختصاصها بعدم الاكتفاء بالمشاهدة في عوضها المكيل والموزون والمعدود بالنص [١] والاجماع.

والظاهر أنه لاخلاف بين الأصحاب في ذلك، هذا اذا كان العوض حاضراً، ولو كان غائباًاعتبر وصفه بما يرفع الجهالة، فيبطل العقد بدونه للغرر.

الثانية: لاتقدير للمهر قلة ولا كثرة، فيجوز العقد على كل ما يعده مالاً في العادة، كما يصح جعل ذلك عوضاً في البيع والاجارة. ولايصح العقد على مالا يتمول عادة كحبة من حنطة؛ لأن مالايعد مالاً يمتنع جعله عوضاً عما يقابل بالمال.

وروى محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام كم المهر ـ يعني في المتعة ـ قال: «ما تراضيا عليه إلى ما شاء من الأجل»[٢].

وقال ابن با بويه: أدنى ما يجزئ في المتعة درهم فما فوقه[٣]، لصحيحة أبي بصير عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن متعة النساء قال: «حلال فإنه يجزيء الدرهم فما فوقه»[٤].

روى سعيد الأحول عن الصادق عليه السلام وقد سأله أدنى ما يتزوج به المتعة قال: «كف من بر»[٥].

ولا منافاة فيهما لما سبق، أما الأولى فظاهر، إذ ليس فيها منع؛ لإجزاء ما دون الدرهم. وأما الثانية فمحمولة على أن الأدنى في العادة ذلك وإن كان الأدنى منه شرعاً جائزاً، فتكون جارية على الغالب جمعاً بينها وبين ماسبق.

---

(١) الفقيه ٣: ١٤٣ حديث ٦٢٧.

(٢) التهذيب ٧: ٢٦٤ حديث ١١٤١، الاستبصار ٣: ١٤٩ حديث ٥٤٧.

(٣) المقنع: ١١٣.

(٤) الكافي ٥: ٤٥٧ حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٦٠ حديث ١١٢٦.

(٥) الكافي ٥: ٤٥٧ حديث ٢، التهذيب ٧: ٢٦٠ حديث ١١٢٥.

ويجب دفعه بالعقد، فإن دخل استقر إن وفت بالمدة، وإن أخلّت ببعضها وضع منه بنسبتها،

قولـه: (ويجب دفعه بالعقد، فإن دخل استقر إن وفت بالمدة، وإن أخلّت ببعضها وُضِعَ منه بنسبتها).

لما كان هذا النكاح لاحقاً بالمعاوضات ثبت المهر بالعقد لامحالة، ووجب دفعه لكن مع تسليمها نفسها، إلاّ أن ثبوته غير مستقر؛ لأن استقرار العوض مشروط بتسليم مقابله، فإن وفت بالمدة بمعنى أنها سلّمت نفسها في مجموعها فقد استقر وجوبه، فإن كانت قد تسلمته فهو حقها، وإلاّ وجب تسليمه اليها وجوباً ثابتاً.

وإن اخلت ببعض المدة وضع من المهر بنسبة ما اخلت به منها الى مجموعها؛ لأن مقـابلة احـد العوضين بالآخر يقتضي مقابلة الأجزاء بالأجزاء، فإذا فات بعض أحد العوضين وجب أن يسقط مقابله من العوض الآخر.

وروى عمـر بن حنظلة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: اتزوج المرأة شهراً بشيء مسمّى فتأتي ببعض الشهر ولاتفي ببعض، قال: «تحبس عنها من صداقها بقدر ما احتبست عنك إلاّ أيام حيضها فإنها لها»[1]، وهي نص في الباب.

وقد علم من قوله: «إلاّ أيام حيضها» أن الاخلال لعذر لايسقط به شيء من الصـداق، وإنما عبّر بقوله: (وضع) دون أن يقول: قاصها، كعبارة النافع؛ لانتفاء المقاصة حقيقة هنا، فإن اخلالها ببعض العوض أوجب سقوط مقابله من العوض الآخر، ولايعد ذلك مقاصة كما لا يخفى.

وينبغي أن يقرأ: (وضع) مجهولاً؛ لأن ذلك يسقط بنفسه لا باسقاط الزوج.

والضمير في قوله: (بنسبتها) تعود الى المدة، وفيه حذف تقديره: وضع منه بنسبة ذلك البعض إلى المدة، فإن كان نصفها فنصف المدة، أو ربعها فربعه، وعلى هذا وذلك

---

(١) الفقيه ٣: ٢٩٤ حديث ١٣٩٧.

ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه النصف.

ولو ظهر فساد العقد اما بظهور زوج، أو بكونها اخت زوجته، أو

ظاهر.

قوله: (ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه النصف).

لو وهبها المدة أو بعضها جاز قطعاً وكان ذلك ابراء؛ لأنه ا سقاط لما في الذمة، فلا يفتقر الى القبول على أصح القولين كما سبق في الهبة.

ثم الهبة إما أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان قبل الدخول وجب لها نصف المهر وسقط النصف الآخر، كما لو طلّق الزوجة الدائمة قبل الدخول. ودليل ذلك وراء اجماع الأصحاب أنها فرقة قبل الدخول فاشبهت الطلاق.

ولمقطوعة سماعة، قال: سألته عن رجل تزوّج جارية أو تمتع بها، ثم جعلته في حل وقد قبضته منه: «فإن خلّاها قبل أن يدخل بها ردّت المرأة على الزوج نصف الصداق»[1]. وجه الدلالة أنه لولا استحقاقها النصف لوجب أن يرد الجميع.

ولو دخل ثم وهبها الجميع أو البعض، ففي سقوط شيء من المهر باعتبار ما وهب من المدة نظر، ولم أقف للأصحا ب على كلام في ذلك والذي يقتضيه صحيح النظر وجوب الجميع؛ لاقتضاء العقد وجوبه، ولم يثبت شرعاً ما يقتضي سقوط شيء منه.

ولو وهبها البعض خاصة وانقضت المدة ولم يدخل، ففي سقوط النصف هنا وجهان.

وتعبير الأصحاب بالسقوط لايتناول هذه الصورة، نعم قد يقال: لفظ الرواية لا يأبى هذه الصورة، فإنه يصدق أنه خلاها قبل الدخول، إلّا أن يدّعي أن المراد ابانتها قبل الدخول، ولايكون ذلك إلّا بهبة المدة.

قوله: (ولو ظهر فساد العقد، إما بظهور زوج، أو كونها اخت زوجته،

---

(١) التهذيب ٧: ٢٦٦ حديث ١١٣٠.

غيرهما، فلا مهر إن لم يدخل، ولو قبضته استعاده، وإن دخل فلها المهر إن جهلت، وإلّا فلا.

وقيل تأخذ ما قبضت ولا تسلّم الباقي، ويحتمل مهر المثل.

أو غيرهما فلا مهر إن لم يدخل، فإن قبضته استعاده، ولو دخل فلها المهر إن جهلت، وإلّا فلا. وقيل: تأخذ ما قبضته ولا تسلم الباقي، ويحتمل مهر المثل).

اذا ظهر فساد عقد المتعة بسبب من أسباب الفساد، إما وجود مانع، أو فقد شرط.

فإما أن يكون قد دخل بها، أو لا. وعلى تقدير الدخول: إما أن تكون عالمة بالفساد، أو جاهلة.

فإن لم يكن دخل بها فلا مهر؛ لبطلان العقد المقتضي لبطلان المسمّى، فلو كانت قد قبضته استعاده، إذ لاحق لها فيه، ولو تلف في يدها ضمنته.

وكذا إن دخل وهي عالمة بالفساد؛ لأنها بغي ولا مهر لبغي.

أما اذا دخل وهي جاهلة ففي حكمه قولان للأصحاب:

أحدهما: ـ اختاره الشيخ في النهاية[1] ـ أن لها ما أخذت، ولايلزمه أن يعطيها ما بقي، ومستنده حسنة حفص بن البختري عن الصادق عليه السلام قال: «إذا بقي عليه شيء من المهر وعلم أن لها زوجاً، فما أخذته فلها بما استحل من فرجها، ويحبس عنها ما بقي عنده»[2].

وموردها ما اذا دفع اليها شيئاً وبقي عنده شيء، فلو لم يدفع شيئاً، أو دفع الجميع، فلا دلالة فيها على حكمه. وعليها اشكال، فإن المدفوع قد يكون قليلاً وقد

---

(١) النهاية: ٤٩١.

(٢) الكافي ٥: ٤٦١ حديث ٢، التهذيب ٧: ٢٦١ حديث ١١٢٩.

الرابع: الأجل، وذكره شرط فيه، ويشترط فيه التعيين بما لايحتمل الزيادة والنقصان، ولا يتقدر قلةً وكثرةً.

يكون كثيراً، فإن كانت مستحقة لشيء فلا يتفاوت استحقاقها بالدفع وعدمه، على أنها لا اسحقاق لها مع العلم بالفساد قطعاً؛ لما قلناه من أنها بغي.

وقيل با ستحقاق الجميع إن كانت جاهلة، فيدفع اليها ما بقي، وعدم استحقاق شيء مع العلم فيستعاد ما أخذته، اختاره المصنف هنا، وفي المختلف[١] والتحرير[٢] وغيره ووجهه وقوع التراضي على المسمّى، وقد حصل الدخول واستقر به وجوبه، ويشكل بأمرين:

أ: إنّ مجرد التراضي غير مقتض للوجوب، بل العقد الصحيح وهو منتفٍ هنا.

ب: إنّ التراضي بالمسمّى إنما وقع بالنسبة إلى مجموع المدة فكيف يجب كله في البعض.

ويحتمل أن يجب لها مهر المثل؛ لأن الوطء المحترم لابد له من عوض،والمسمّى باطل، فتعيّن عوض المثل،وهذا اقوى.

لكن يجب تنقيحه بأن الواجب هو مهر المثل في المتعة، فيعتبر فيه اصلها، وجهالتها، وصفات كمالها حال ما مضى من المدة التي سلمته فيها نفسها، فيجب مهر المثل لتلك المدة متعة. وعلى هذا فيمكن تنزيل الرواية على كونه المسمّى بقدر مهر المثل والمقبوض مقدار قسط المدة الماضية منه مع جهلها بالفساد.

قولـه: (الرابع: الأجل، وذكره شرط فيه، ويشترط فيه التعيين بما لايحتمل الزيادة والنقصان، ولايتقدر قلة ولا كثرة.

---

(١) المختلف: ٥٦٤.

(٢) التحرير ٢: ٢٧.

ولو أخل به بطل، وقيل ينقلب دائمًا.

ولو أخل به بطل، وقيل ينقلب دائمًا.

كما يشترط ذكر المهر في عقد المتعة كذا يشترط ذكر الأجل؛ نظراً إلى أن مقصود هذا النكاح هو الاستمتاع في زمان مخصوص وحديث زرارة[1] واسماعيل بن الفضل[2] السابقان ينبهان على ذلك.

ويشترط أيضاً تعيين الأجل بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، فلو جعل نهايته كقدوم الحاج، أو ادراك الغلات، ونحو ذلك لم يصح؛ للغرر. ولايتقدر قلة ولا كثرة، فيجوز اشتراط زمان قصير وطويل بحسب التراضي اذا كان معيّناً مضبوطاً.

وقال ابن حمزة: وقدر المدة من طلوع الشمس إلى نصف النهار وإلى سنين متطاولة[3].

فإن قصد بذلك التمثيل للقلة والكثرة ـ وهو الظاهر ـ فهو صحيح، وإن قصد بيان الأقل فليس بجيد.

ولو اخل بذكر الأجل اصلاً ففيه اقوال:

احدها:ـ واختاره المصنف وهو الأصح ـ البطلان.

والثاني:ـ وبه قال الشيخ[4] ـ ينعقد دائمًا، واختاره ابن البراج[5]، وابن حمزة، وأبو الصلاح[6].

---

(١) الكافي ٥: ٤٥٥ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٣.

(٢) التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٥.

(٣) الوسيلة: ٣١٠ (تحقيق الشيخ محمد الحسّون)، علمًا بأن هذا القول لم يرد في النسخة الحجرية للوسيلة المطبوعة ضمن الجوامع الفقهية، ولا في النسخة الحروفية التي حققها الأستاذ عبد العظيم البكاء؛ لسقوط فصل نكاح المتعة من هاتين النسختين.

(٤) النهاية: ٤٨٩.

(٥) المهذب ٢: ٢٤١.

(٦) الكافي في الفقه: ٢٩٨.

والثالث:ـ وهو اختيار ابن ادريس [١]ـ أنه إن كان الايجاب بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائماً، وإن كان بلفظ التمتع بطل العقد.

لنـا: إنّ المتعـة شرطها الأجل اجماعاً، ولصحيحة زرارة عن الصادق عليه السلام: «لايكون متعة إلاّ بأمرين: بأجل مسمّى،وأجر مسمّى»[٢]، ومثلها صحيحة اسماعيل بن الفضل الهاشمي عنه عليه السلام[٣]، فإذا اخل به فقد اخل بالشرط فوجب الحكم بالبطلان، وإلاّ لم يكن شرطاً.

لايقال: نقول بالموجب ولا يلزم البطلان من رأس ؛ لأن اللازم بطلان المتعة لفوات شرطها لابطلان أصل العقد، فينعقد دائماً.

لأنا نقول: إذا بطل كون العقد متعة لزم بطلان العقد من رأس ، إذ محل النزاع إنما هو اذا أراد العقد متعة واخلا في هذه الحالة بذكر الأجل، فالدوام حينئذٍ غير مقصود أصلاً، بل المقصود منافيه.

فإذا بطل المقصود ولم يحصل غيره؛ لأن العقود تابعة للقصود.

واحتج الشيخ بأن لفظ الايجاب صالح لكل منها، وإنما يتمحض للمتعة بذكر الأجل وللدوام بعدمه، فإذا انتفى الأول ثبت الثاني، فإن الأصل في العقد الصحة، والفساد على خلاف الأصل.

ولموثقة عبدالله بن بكير عن الصادق عليه السلام قال: «إن سمّى الأجل فهو متعة،وإن لم يسمّ الأجل فهو نكاح ثابت»[٤].

والجواب: إن الصلاحية غير كافية بمجردها، فإن العقد تابع لارادة العاقد،

---

(١) السرائر: ٣١١.

(٢)الكافي ٥:٤٥٥ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٣.

(٣) التهذيب ٢٦٢:٧ حديث ١١٣٥.

(٤) النهاية: ٤٥٠، الكافي ٤٥٦:٥ حديث ٦، التهذيب ٢٦٢:٧ حديث ١١٣٤.

وإن عيّن المبدأ تعيّن، وإن تأخر عن العقد، وإلّا اقتضى اتصاله به،

والفرض أن المقصود هو المتعة خاصة، فإذا فات شرطها بطلت، فيمتنع الحمل على الدوام مع ارادة غيره، والأصل حجة مع عدم الناقل.

وأما الرواية فنقول بموجبها، إذ ليس فيها تصريح بأنها أرادا المتعة واخلا بالأجل، بل مضمونها أن النكاح المعقود مع الأجل متعة وبدونه دوام، وليس في ذلك دلالة على ارادة الأجل، على أنه يمكن أن يكون المراد أنه اذا عقد ولم يذكر الأجل ينعقد دائمًا بحسب الظاهر، إذ لايقبل قوله في ارادة المتعة.

وقول ابن ادريس ضعيف[١]، لأنه على القول بعدم صحة الدائم بلفظ المتعة يكون البطلان مع وقوع العقد بلفظ المتعة،للاخلال بالأجل، وعدم ارادة الدوام، وانتفاء صلاحية اللفظ له مع وقوعه بلفظ النكاح والتزويج لما عدا الاخير، وذلك كاف في البطلان من رأس .

قوله: (وإن عيّن المبدأ تعيّن وإن تأخر عن العقد، وإلّا اقتضى اتصاله به).

أي: إن عيّن مبدأ الأجل تعيّن لامحالة؛لوجوب الوفاء بالعقد، ولافرق في ذلك بين أن يعينه متصلًا بالعقد أو متأخراً عنه.

أما الأول فظاهر.

وأما الثاني؛ فلأنه لامانع من تأخره، والأصل الصحة فيتمسك به. وروى بكار ابن كردم قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يلقي المرأة فيقول لها:زوجيني نفسك شهراً ولايسمّي الشهر بعينه، ثم يمضي فيلقاها بعد سنين، قال: فقال: «له شهره إن كان سمّاه، وإن لم يكن سمّاه فلاسبيل له عليها»[٢].وجه الاستدلال: ان

---

(١) السرائر: ٣١١.

(٢) الكافي ٥:٤٦٦ حديث ٤، الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٠، التهذيب ٧: ٢٦٧ حديث ١١٥٠.

الشهر الذي سمّاه إنما يكون له بعد سنين إذا كان متأخراً عن العقد.

لايقال: أثر العقد الزوجية، فيجب أن يترتب عليه حين وقوعه، ويمتنع ذلك مع تأخر الأجل، فيكون مع التأخير فاسداً؛ لأن الفاسد مالايترتب أثره عليه.

وأيضاً فإنه لو صح العقد كذلك لزم جواز عقد الغير عليها بين العقد والأجل.

لأنا نقول: إنما يجب أن يترتب عليه أثره بحسب مقتضاه، ومع التعيين يجب أن يكون ثبوته كذلك، وإلّا لم يكن صحيحاً.

وأما لزوم جواز العقد عليها للغير فيتوجه المنع فيه على الملازمة تارة؛ لأنها ذات بعل، وعلى بطلان التالي أُخرى، إذ لم يقم على المنع في مثل ذلك دليل في الكتاب والسنة، والجواز اظهر.

ونقل عن بعضهم القول بالمنع، وقد بيّنا ضعفه. ولايخفى أنه لو عيّن اجلاً مجهولاً يبطل العقد؛ للجهالة.

وقول الشيخ في النهاية: ومتى عقد عليها شهراً، ولم يذكر الشهر بعينه، ومضى عليها شهر ثم طالبها بعد ذلك بما عقد عليها لم يكن له عليها سبيل[1]، غير صريح في صحة العقد على شهر مجهول؛ لأن مقابل المعيّن المطلق ولا يلزم أن يكون مجهولاً.

ثم ان قوله: (لم يكن له عليها سبيل) لا دلالة فيه على صحة العقد؛ لجواز أن يكون نفي السبيل لفساده، هذا حكم ما اذا عيّن الشهر.

ولو اطلقه فإنه ينصرف إلى المعجّل، فيكون متصلاً بالعقد كما في الأجل في البيع والاجارة ونحوهما ولأن العرف جار بذلك، فإن المتفاهم في العادة هو ذلك، ولأن أثر العقد يجب أن يترتب عليه حين وقوعه إذا لم يكن فيه ما يمنع ذلك.

ولأن قوله عليه السلام في الرواية السابقة: «وإن لم يكن سمّاه فلا سبيل له

---

(١) النهاية: ٤٩١.

فإن تركها حتى خرج خرجت من عقده ولها المسمّى.

ولو قال: بعض يوم، فإن عيّن كالزوال أو الغروب صح، وإلاّ فلا.

ولو قال: مرة أو مرتين، قيّد بالزمان، ولا تجوز الزيادة، وإلاّ بطل.

عليها»[1] إن أُريد به الاطلاق كان دليلاً على ما ذكرناه، إذ لولا الحكم بالاتصال لوجب بقاؤه، إذ لا أولوية لزمان على آخر.

قوله: (فإن تركها حتى خرجت من عقده فلها المسمّى).

وجهه: إن المسمّى وجب بالعقد، ولم يثبت المسقط شرعاً إذ هو إما المفارقة قبل الدخول، أو امتناعها من تسليم نفسها، وكلاهما منتف.

قوله: (ولو قال: بعض يوم، فإن عيّن كالزوال والغروب صح، وإلاّ فلا ولو قال: مرة أو مرتين قيّد بالزمان، ولايجوز الزيادة وإلاّ بطل).

لاريب أنه لو ذكر في العقد أجلاً غير معيّن كبعض يوم، ولم يعين ذلك البعض، أو المرة أو المرتين ونحوهما غير مقيدتين بزمان معيّن يبطل العقد للجهالة.

وقال الشيخ في النهاية: إنّ العقد ينقلب دائماً[2]، وهو ضعيف جداً؛ لأن ذكر الأجل اخرجه عن صلاحية الدوام وقد فات شرط المتعة بالجهالة فوجب الحكم بالبطلان.

وليس هذا كما لو جرد العقد عن ذكر الأجل اصلاً، فإن العقد غير مشتمل على مايمنع كونه دائماً.

وقول المصنف: (ولاتجوز الزيادة) معناه: إنه إذا عقد متعة على أن يطأ مرة أو مرتين، وقيّد ذلك بزمان معيّن كاليوم والشهر صح العقد ووجب الوفاء به، ولم يجز الوطء أزيد مما عيّن.

وقوله: (وإلاّ بطل) معناه: وإن لم يقيّد بالزمان بل ذكر المرة والمرتين مجرداً ذلك

---

(١) الكافي ٥:٤٦٦ حديث ٤، الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٠، التهذيب ٧: ٢٦٧ حديث ١١٥٠.

(٢) النهاية: ٤٩١.

الفصل الثاني: في الأحكام:

لا ولاية على البالغة الرشيدة وإن كانت بكراً على الأقوى.

ويلزم ما يشترط في متن العقد إذا كان سائغاً، ولو قدّمه أو أخّره لم يعتد به، ولا يجب اعادته بعده لو قرنه به على رأي.

عن ذكر الزمان بطل العقد من رأس.

قوله: (الفصل الثاني: في الأحكام: لا ولاية على البالغة الرشيدة وإن كانت بكراً على الأقوى).

قد سبق ذكر الخلاف في ذلك في أحكام النكاح الدائم، وأنه قد قيل بمنع النكاحين للبكر بدون اذن وليها وإن كانت بالغة رشيدة.

وقيل بمنع المتعة خاصة، وان الأصح الجواز مطلقاً مع الوصفين، ولا يتوقف على اذن الولي.

قوله: (ويلزم ما يشترط في متن العقد اذا كان سائغاً، ولو قدّمه أو أخره لم يعتد به، ولايجب اعادته بعده لو قرنه به على رأي).

لاشك أن كل شرط من الشروط السائغة ـ وهي التي لاتنافي مقتضى العقد، ولم يرد في الكتاب والسنة ما يدل على المنع منه ـ يجوز اشتراطه؛ للأصل، ولقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[1]، وانما يعتد به ويلزم الوفاء به اذا وقع بين الايجاب والقبول، ليكون من جملة العقد، ويجري عليه كل من الايجاب والقبول.

فلو تقدّم على العقد أو تأخر عنه لم يقع معتداً به، إذ ليس محسوباً من جملة العقد، والذي يجب الوفاء به إنما هو العقد.

وينبّه على ذلك ما رواه بكير بن أعين عن الصادق عليه السلام قال: «اذا

---

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

. . . .

شرطتَ على المرأة شروط المتعة فرضيت بها وأوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح، فإن اجازته جاز وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشروط قبل النكاح»[١].

وجه الدلالة: إن قوله عليه السلام: «اذا شرطتَ على المرأة شروط المتعة» المراد به شرط ذلك قبل العقد، كما يجري بين الرجل والمرأة من الكلام قبل العقد، وكذا كل من المتعاقدين.

وقوله عليه السلام: «فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح» المراد به اذا حصل الشروع في العقد وجرى الايجاب.

وقوله عليه السلام: «فإن اجازته جاز» المراد به حصول القبول منها على هذا الوجه.

وقال الشيخ في النهاية: كل شرط يشترطه الرجل على المرأة إنما يكون له تأثير بعد ذكر العقد، فإن ذكر الشروط وذكر بعدها العقد كانت الشروط التي تقدّم ذكرها باطلة، فإن كررها بعد العقد ثبت على ما شرط[٢].

حجة الشيخ حسنة عبدالله بن بكير عن الصادق عليه السلام، قال: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز»[٣].

ويمكن أن يريد الشيخ بالنكاح الايجاب مجازاً، فلايكون مخالفاً لما سبق، وعليه تحمل الرواية.

فرع: لو تراضيا على شيء قبل العقد، ثم عقدا ولم يذكراه إما نسياناً أو اعتقاد أن ذكره سابقاً كاف عن اعادته في العقد، ففي صحته مطلقاً تمسكاً بعموم: ﴿أوفوا

---

(١) الكافي ٥:٤٥٦ حديث ٣، التهذيب ٧:٢٦٤ حديث ١١٣٩.

(٢) النهاية: ٤٩٣.

(٣) الكافي ٥:٤٥٦ حديث ١، التهذيب ٧:٢٦٢ حديث ١١٣٤.

ولو شرط الاتيان في وقت دون آخر لزمه، وكذا المرة والمرات في المعيّن.

ويجوز العزل وإن لم تأذن، ويلحق به الولد وإن عزل، ولو نفاه انتفى ظاهراً من غير لعان.

بالعقود﴾[١]،وبطلانه لوقوعه على خلاف القصد وجهان.

قوله: (ولو شرط الاتيان في وقت دون آخر لزم).

وجهه: إنّ ذلك شرط لاينافي مقتضى العقد؛لأنه قد يتعلق الغرض بالاستمتاع في وقت دون آخر، إما طلبا للاستتار، أو توفيراً لما سوى ذلك الوقت على باقي مطالبه.

قوله: (وكذا المرة والمرات في المعيّن).

أي: وكذا اشتراط الجماع مرة أو مرتين، ونحو ذلك في الوقت المعيّن؛ لمثل ما سبق،ولو لم يعيّن الوقت بل أطلق المرة والمرتين بطل للجهالة.

قوله: (ويجوز العزل وإن لم تأذن، ويلحق به الولد وإن عزل، ولو نفاه انتفى ظاهراً من غير لعان).

هنا مباحث:

أ: يجوز العزل عن المرأة في هذا النكاح وإن لم تأذن قولاً واحداً؛ لأن الغرض الأصلي منه الاستمتاع دون النسل، بخلاف الدوام وفي مقطوعة ابن أبي عمير قال: «الماء ماء الرجل يضعه حيث شاء، إلّا أنه إن جاء بولد لم ينكره» وشدد في انكار الولد[٢].

ب: اذا أتت بولد لحق به وإن عزل؛ لأنها فراش، والولد للفراش وقد تقدّم في

---

(١) المائدة: ١.

(٢) الكافي ٥:٤٦٤ حديث ٢، التهذيب ٧:٢٦٩ حديث ١١٥٥، الاستبصار ٣:١٥٢ حديث ٥٥٨.

ولا يقع بها طلاق، بل تبين بانقضاء المدة، ولا ايلاء ولا لعان على رأي، ويقع الظهار على رأي.

مقطوعة ابن أبي عمير التصريح بذلك، وقريب منها رواية محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: أرأيت إن حبلت، قال: «هو ولده»[1]، وترك الاستفصال عن العزل وعدمه دليل العموم، ولايقدح العزل لأن الماء قد يسبق من غير شعور.

ج: لو نفى ولد المتعة انتفى ظاهراً ولم يتوقف على اللعان، بخلاف الدوام اجماعاً منا، ولأن فراش المستمتع بها ضعيف؛ لأنها كالأمة في بعض الأخبار، وفي بعضها أنها مستأجرة.

ولاريب أنه لايجوز له نفيه بمجرد العزل اذا كان لاحقاً به، لكن لو نفاه انتفى ظاهراً، فلا تجري عليه أحكام البنوة ظاهراً، وعليه فيما بينه وبين الله تعالى أن يعمل بما يعلم.

قوله: (ولايقع بها طلاق بل تبين بانقضاء المدة، ولا ايلاء ولا لعان على رأي، ويقع الظهار على رأي).

هنا مسائل:

الاولى: لاخلاف بين الأصحاب في أن المستمتع بها لايقع بها طلاق، بل تبين بانقضاء المدة، أو بهبته اياها. وفي رواية محمد بن اسماعيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: قلت: وتبين بغير طلاق؟ قال: «نعم»[2].

الثانية: لايقع بها ايلاء على اقوى الوجهين؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وان عزموا الطلاق﴾[3]، وليس في المتعة طلاق، ولأن من لوازم الايلاء المطالبة بالوطء

---

(١) الكافي ٥:٤٦٤ حديث ١، التهذيب ٧:٢٦٩ حديث ١١٥٤، الاستبصار ٣:١٥٢ حديث ٥٥٧.

(٢) الكافي ٥:٤٥٩ حديث ٢، التهذيب ٧:٢٦٦ حديث ١١٤٧، الاستبصار ٣:١٥١ حديث ٥٥٣.

(٣) البقرة: ٢٢٧.

وذلك في المتعة منتف، وبانتفاء اللازم ينتفي الملزوم.

ويحتمل ضعيفاً الوقوع، وهو قول المرتضى[١]؛ لعموم لفظ النساء في قوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم﴾[٢]، ودفع العموم بقوله تعالى: ﴿وإن عزموا الطلاق﴾[٣] فإن عود الضمير إلى بعض العام يخصصه.

الثالثة: لايقع بها لعان لنفي الولد، ولا للقذف. أما الأول فظاهر؛ لأن الولد ينتفي بمجرد نفيه قطعاً، ولا خلاف فيه، إنما الخلاف في وقوع اللعان للقذف.

فقال الأكثر كالشيخ[٤]، وابن الجنيد، وأبي الصلاح[٥]، والمحقق[٦]، والمصنف: لايقع؛ لصحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «لايلاعن الحر الأمة، ولا الذمية، ولاالتي يتمتع بها»[٧].

ومثله رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام[٨]، ومتى ثبت الحكم في الحر فالعبد كذلك؛ لعدم القائل بالفرق.

وقال المفيد في الغرية، والمرتضى بالوقوع[٩]؛ لأنها زوجة قطعاً؛ للعلم بأنها ليست ملك يمين، وحل الوطء منحصر فيها. وكل زوجة يقع بها اللعان لعموم قوله

---

(١) نقله عنه فخر المحققين في الايضاح ٣: ١٣١.

(٢) البقرة: ٢٢٦.

(٣) البقرة: ٢٢٧.

(٤) النهاية: ٥٢٣.

(٥) الكافي في الفقه: ٢٩٨.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٣٠٧.

(٧) الفقيه ٣: ٣٤٧ حديث ١٦٦٧، التهذيب ٨: ١٨٨ حديث ٦٥٣، الاستبصار ٣: ٣٧٣ حديث ١٣٣٢.

(٨) قرب الإسناد: ٣٢.

(٩) الانتصار: ١١٥.

. . . .

تعالى: ﴿والذين يرمون ازواجهم﴾(١) ، فإن الجمع المضاف للعموم.

وجوابه: إن ذلك في الدائم؛ لأن الكتاب يُخص بالسنة، وقد سبق ذكر المخصص، والأصح عدم الوقوع.

الرابعة: اختلفوا في وقوع الظهار بها، فقال الصدوق(٢) ، وابن ادريس: لايقع(٣) ؛ لأصالة بقاء الحل، ولأن المظاهر يلزم بالفئة أو الطلاق، ولا طلاق في المتعة، والالزام بالفئة وحدها بعيد، واقامة هبة المدة مقام الطلاق مما لاينتقل الفهم إليه، على أن المستمتع [بها] لا حق لها في الوطء فيكف تقع منها المرافعة.

ويؤيده مرسلة ابن فضال عن الصادق عليه السلام قال: «لايكون الظهار إلاّ على مثل موقع الطلاق»(٤) ،والمتبادر المماثلة في جميع الأحكام.

وقال الحسن والمفيد والمرتضى وأكثر الأصحاب:يقع(٥) ؛ لعموم الآية، فإن المستمتع بها زوجة كما قدمناه، ولا مخصص في الكتاب ولا في السنة، والالزام بأحد الأمرين على ما وردت به السنة لايقتضي التخصيص، ولِمَ لايجوز أن يكون ذلك خاصاً بالدائم، وكذا المرافعة، ويكون أثر الظهار في المستمتع بها وجوب اعتزال فراشها كما في المملوكة، والرواية ضعيفة بالارسال، مع انتفاء دلالتها فإن المماثلة لاتقتضي العموم، والأصح الوقوع.

---

(١) النور: ٦.

(٢) الهداية: ٧١.

(٣) السرائر: ٣٦٢.

(٤) الكافي ٦:١٥٤ حديث ٥، الفقيه ٣:٣٤٠ حديث ٦٣٩، التهذيب ٨: ١٣ حديث ٤٤، الاستبصار ٣: ٢٦١ حديث ٩٣٥.

(٥) المختلف: ٥٩٩، الانتصار: ١١٥، الكافي في الفقه: ٢٩٨، الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤٩.

ولا توارث بين الزوجين به، شرطا سقوط التوارث أو لا، ولو شرطاه فالأقوى بطلان الشرط.

قوله: (ولا توارث بين الزوجين به، شرطا سقوط التوارث أو لا، ولو شرطاه فالأقوى بطلان الشرط).

للأصحاب أقوال في ثبوت التوارث في نكاح المتعة:

أحدها: عدم التوارث من الجانبين، فلا ترث منه ولا يرث منها، سواء شرطا في العقد التوارث أو عدمه أو لم يشترطا شيئاً منهما، صرح بذلك أبو الصلاح[1]، وابن ادريس [2]، والمصنف، وجماعة[3]، وهو الأصح؛ تمسكاً بأصالة عدمه، فإن الارث حكم شرعي فيتوقف ثبوته على توظيف الشارع.

ولما رواه سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوّج المرأة متعة ولم يشترط الميراث قال: «ليس بينهما ميراث اشترطا أو لم يشترطا»[4]، وهي نص في الباب.

وقريب منها رواية جميل بن صالح، عن عبدالله بن عمر، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المتعة، قال: «حلال من الله ورسوله»قلت: فما حدها؟ قال: «من حدودها ألا ترثك ولاترثها»[5].

وجه الاستدلال بها انه عليه السلام نفى التوارث من الجانبين وجعله من حدود المتعة ومقتضياتها، فوجب أن لايثبت بها توراث مطلقاً. أما مع عدم الاشتراط أو مع اشتراط العدم فواضح، وأما مع اشتراط الارث؛ فلأنه شرط ينافي مقتضى العقد على

---

(١) الكافي في الفقه: ٢٩٨.

(٢) السرائر: ٣٦٢.

(٣) منهم: المحقق في الشرائع ٢:٣٠٧، وابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤٩.

(٤) التهذيب ٧:٢٦٥ حديث ١١٤١، الاستبصار ٣: ١٥٠ حديث ٥٤٨.

(٥) التهذيب ٧:٢٦٥ حديث ١١٤٣، الاستبصار ٣:١٥٠ حديث ٥٤٩.

. . . .

ما دل عليه الحديث، فوجب أن يكون باطلاً.

الثاني: القول بالارث كالدائم حتى لو شرطا سقوطه بطل الشرط، ولايعتبر هذا القول إلّا مع انتفاء موانع الارث في النسب كالرق والقتل، فيكون المقتضى للارث هو مطلق العقد، أي الماهية لا بشرط شيء حتى لو شرط فيه عدم الارث بطل الشرط كالدائم.

وهذا القول منقول عن ابن البراج[1]، ووجهه إنها زوجة قطعاً، فيندرج في آية توارث[2] الزوجين عملاً بعمومها.

ويضعّف بثبوت المخصص، فإن الأخبار التي لاسبيل إلى ردها واردة بعدم التوارث في المتعة، وأن المستمتع بها كالأمة، وأنها مستأجرة، فكيف يكون العموم متمسكاً.

الثالث: القول بالارث اذا لم يشترط سقوطه، فيكون المقتضي للارث هو العقد بشرط لاشيء، ولو شرطا ثبوته عند هذا القائل لكان اشتراطاً لما يقتضيه العقد.

وهو اختيار المرتضى ، وابن أبي عقيل[3]، ووجهه عموم الآية[4]، فإن اشترطا عدمه سقط؛ لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[5]، ولقول الباقر عليه السلام في موثقة محمد بن مسلم في المتمتعين: «أنهما يتوارثان اذا لم يشترطاه، وإنما الشرط بعد النكاح»[6].

واجاب الشيخ عن هذا: بأن المراد به اشتراط الأجل، أي اذا لم يشترطا

---

(١) المهذب ٢:٢٤٣.

(٢) النساء: ١٢.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٦١.

(٤) النساء: ١٢.

(٥) التهذيب ٧:٣٧٦ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣:٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(٦) الكافي ٥:٤٦٥ حديث ٦، التهذيب ٧:٢٦٥ حديث ١١٤٤، الاستبصار ٣:١٥٠ حديث ٥٥٠.

الأجل توارثا[1]. وهذا وإن كان خلاف الظاهر، إلّا أن الجميع بينه وبين ما تقدم لايكون إلّا بالخروج عن الظاهر. وأما الاستدلال بعموم الآية فقد بينا ما فيه.

الرابع: القول بأن أصل العقد لا يقتضي التوارث بل اشتراطه، فلو اشترط ثبت تبعاً للشرط؛ لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»، ولحسنة البزنطي عن الرضا عليه السلام في المتعة: «إن اشترطت الميراث كان، وإن لم تشترط لم يكن»[2]، ولصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام: «فإن اشترطت الميراث فإنهما على شرطهما»[3].

وفرّع على هذا لو شرطاه لأحدهما واغفلا الآخر فيمكن ثبوته من الجانبين تغليباً من احدهما، ولو شرطاه لأحدهما ونفياه عن الآخر فالاشكال مع احتمال بطلان شرط الارث.

ويحتمل صحته وثبوت الارث لها، فيبطل اشتراط نفيه عن الآخر، والتفات الوجهين إلى أن الزوجية متى اقتضت الارث وانتفت موانع الارث المحصورة وجب أن يكون من الجانبين، وإلّا انتفى من الجانبين.

ولاريب في ضعف هذا القول؛ لأن ما ليس بسبب شرعاً لا يمكن جعله سبباً بالاشتراط. والأصح اشتراط الارث بالبيع ونحوه.

ويمكن تنزيل الروايتين بالحمل على ارادة الوصية باشتراط الارث في عقد المتعة، فيكون كالارث لا ارثاً حقيقياً.

واعلم أن قول المصنف: (ولا توارث بين الزوجين به شرطا سقوط التوارث أو لا) يتضمن رد كل من القولين الثاني والثالث. وفي قوله: (ولو شرطا إلى آخره) رد

---

(١) التهذيب ٧: ٢٦٥ ذيل الحديث ١١٤٤، الاستبصار ٣: ١٥٠ ذيل الحديث ٥٥٠.

(٢) الكافي ٥: ٤٦٥ حديث ٢، التهذيب ٧: ٢٦٤ حديث ١١٤٠، الاستبصار ٣: ١٤٩ حديث ٥٤٦.

(٣) التهذيب ٧: ٢٦٤ حديث ١١٤١، الاستبصار ٣: ١٤٩ حديث ٥٤٧.

ومع الدخول وانقضاء المدة تعتد بحيضتين، وإن لم تحض وهي من أهله فبخمسة وأربعين يوماً. ومن الوفاة بأربعة اشهر وعشرة ايام وإن لم يدخل،

الرابع.

وقول المصنف: (فالأقوى بطلان الشرط) يلوح منه أن العقد لايبطل، وينبغي بطلانه أيضاً؛ لأن التراضي إنما حصل على ذلك الوجه المحكوم ببطلانه.

قوله: (ومع الدخول وانقضاء المدة تعتد بحيضتين، وإن لم تحض وهي من اهله فخمسة واربعين يوماً، ومن الوفاة بأربعة اشهر وعشرة أيام وإن لم يدخل).

اذا دخل الزوج بها وانقضت مدتها، أو وهبها ايامها فعدتها حيضتان عند الشيخ في النهاية[1] وجمع من المتأخرين[2].

فإن كانت في سن من تحيض ولاتحيض فعدتها خمسة واربعين يوماً، وكذا قال ابن البراج[3].

وقال أبو الصلاح[4] وابن حمزة: عدتها قرآن[5].

وقال المفيد[6] وابن ادريس [7] والمصنف في المختلف: عدتها طهران[8].

---

(١) النهاية: ٤٩٢.

(٢) انظر: شرائع الاسلام ٢:٣٠٧، اللمعة الدمشقية: ١٩٣.

(٣) المهذب ٢:٢٤٤.

(٤) الكافي في الفقه:٣١٢؛

(٥) الوسيلة: ٣٨٧.

(٦) المقنعة:٨٣.

(٧) السرائر: ٣٣٩.

(٨) المختلف: ٥٦٢.

وقال ابن بابويه في المقنع: عدتها حيضة ونصف[1]، وقال ابن أبي عقيل: عدتها حيضة[2].

احتج الشيخ برواية محمد بن فضيل عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال: «طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان»[3] وستأتي صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام: «على المتمتعة ما على الأمة»[4].

احتج ابن بابويه بصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام، عن المرأة يتزوجها الرجل متعة الى أن قال: «فإذا انقضت ايامها وهو حي اعتدت بحيضة ونصف مثل ما يجب على الأمة»[5].

واحتج المفيد والجماعة بما رواه ليث بن البختري المرادي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له كم تعتد الأمة من ماء العبد؟ قال: «حيضة»[6]. وجه الاستدلال به أن الاعتبار بالقرء الذي هو الطهر فبحيضة واحدة يحصل قرآن، القرء الذي طلقها فيه والقرء الذي بعد الحيضة، والمتمتع بها كالأمة.

وما رواه عبدالله بن عمر عن الصادق عليه السلام قال فكم عدتها؟ يعني المتمتعة قال: «خمسة واربعون يوماً، أو حيضة مستقيمة»[7] والتقريب ما تقدّم؛ ولأن القرء الطهر كما سيأتي في العدد إن شاء الله تعالى.

وعـدة المتـمتع بها كالأمة، وعدة الأمة قرآن، كما رواه زرارة في الحسن عن

---

(١) المقنع: ١١٤.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٦٢.

(٣) التهذيب ٨:١٣٥ حديث ٤٦٧، الاستبصار ٣:٣٣٥ حديث ١١٩٣.

(٤) التهذيب ٨: ١٥٧ حديث ٥٤٥، الاستبصار ٣: ٣٥٠ حديث ١٢٥٢.

(٥) الفقيه ٣:٢٩٦ حديث ١٤٠٧، التهذيب ٨:١٥٧ حديث ٥٤٤، الاستبصار ٣: ٣٥٠ حديث ١٢٥١.

(٦) الاستبصار ٣:٣٣٥ حديث ١١٩٤.

(٧) التهذيب ٧:٢٦٥ حديث ١١٤٣، الاستبصار ٣: ١٥٠ حديث ٥٤٩.

. . . .

الباقر عليه السلام إلى أن قال: «وإن كان حر تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدتها قران»[١].

وفي صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «وكذلك المتمتعة، عليها ما على الأمة»[٢] ولاشك في قوة هذا القول. وامكان الجمع بين الأخبار كلها بالحمل عليه، فإن اعتبار الحيضة الثانية أو نصف الحيضة من العدة مجاز، من حيث اعتبارها في الجملة؛ لامتناع تحقق العدة من دونها.

إلّا أن قول الشيخ احوط واقرب الى يقين البراءة، هذا اذا كانت تحيض. فإن كانت في سن من تحيض ولا تحيض فعدتها خمسة واربعون يوماً، وقد تطابق على ذلك الأخبار وكلام الأصحاب.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

واذا توفى عنها الزوج اعتدت بأربعة اشهر وعشرة ايام، سواء دخل بها أم لا، كما في الدوام. والحجة عليها قوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا﴾[٣] الآية، وصدق الزوجة عليها قبل الدخول وبعده على حد سواء. وصحيحة عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها العدة؟ قال: «تعتد أربعة اشهر وعشرة»[٤] الحديث وصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألته ما عدة المتعة اذا مات عنها الذي يتمتع بها ؟ قال: «اربعة اشهر وعشرة أيام»، ثم قال: «يا زرارة كل النكاح اذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أو أمة، وعلى اي وجه كان النكاح منه متعة أو تزويجاً أو بملك يمين»[٥] الحديث.

---

(١) الكافي ٦:١٦٧ حديث١، التهذيب ٨:١٣٤ حديث ٤٦٦، الاستبصار ٣:٣٣٥ حديث ١١٩٢.

(٢) التهذيب ٧:١٥٧ حديث ٥٤٥، الاستبصار ٣:٣٥٠ حديث ١٢٥٢.

(٣) البقرة: ٢٣٤.

(٤) الفقيه ٣:٢٩٦ حديث ١٤٠٧، التهذيب ٨:١٥٧ حديث ٥٤٤، الاستبصار ٣:٣٥٠ حديث ١٢٥١.

(٥) الفقيه ٣:٢٩٦ حديث ١٤٠٨، التهذيب ٨:١٥٧، الاستبصار ٣:٣٥٠ حديث ١٢٥٢.

وبأبعد الأجلين مع الحمل. والأمة في الوفاة بشهرين وخمسة أيام، أو بأبعدهما إن كانت حاملاً.

وإلى هذا القول ذهب الشيخ في النهاية[١] وابن البراج[٢]، وأبو الصلاح[٣]، وابن ادريس[٤].

وقال المفيد[٥]، وسلار[٦]، وابن أبي عقيل[٧]، والسيد المرتضى: تعتد بشهرين وخمسة ايام[٨]؛ لرواية مرسلة عن الصادق عليه السلام، إنه سئل عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: «خمسة وستون يوماً»[٩]، وضعفها ظاهر فلا يعارض ما تقدم.

قوله: (وبأبعد الأجلين مع الحمل).

أي: لو كانت حاملاً وقد توفي عنها الزوج، اعتدت بأبعد الأجلين من اربعة اشهر وعشرة ايام ووضع الحمل.

أما اذا كانت الأشهر أبعد فظاهر، وأما اذا كان الوضع ابعد؛ فلامتناع الخروج من العدة مع بقاء الحمل.

قوله: (والأمة في الوفاة بشهرين وخمسة أيام، أو بأبعدهما إن كانت حاملاً).

---

(١) النهاية: ٤٩٢.

(٢) المهذب ٢: ٢٤٤.

(٣) الكافي في الفقه: ٣١٣.

(٤) السرائر: ٣٣٩.

(٥) المقنعة: ٨٣.

(٦) المراسم: ١٦٥.

(٧) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٦٢.

(٨) الانتصار: ١١٤.

(٩) التهذيب ٨: ١٥٨ حديث ٥٤٧، الاستبصار ٣: ٣٥١ حديث ١٢٥٤.

ولو اسلم المشرك عن كتابية فما زاد بالعقد المنقطع ثبت وإن لم يدخل.

ولو أسلمت قبله بطل إن لم يكن دخل، وإن كان دخل انتظرت العدة أو المدة، فإن خرجت احداهما قبل اسلامه بطل العقد وعليه المهر، وإن بقيتا فهو أملك.

أما الحكم الأول فإن ظاهر كلام الشيخ في تنزيل الرواية المرسلة السابقة على كون الزوجة المسؤل عنها أمة[1] يقتضي القول به . والاخبار الصحيحة بخلافه، وقد تقدمت، والأصح الاعتداد بأربعة اشهر وعشرة ايام كالحرة،وبه صرح ابن ادريس[2] .

وأما الحكم الثاني فإنه مبني على الأول، وتقريبه يعلم مما سبق.

قوله: (ولو اسلم المشرك عن كتابية فما زاد بالعقد المنقطع ثبت وإن لم يدخل).

وجهه: إن نكاح الكفر صحيح،وإن احكام نكاح الاسلام تجري عليه كل بحسبه،واستدامة نكاح الكتابية دواماً ومتعة جائزة قطعاً.

قوله: (ولو اسلمت قبله بطل إن لم يكن دخل، وإن كان دخل انتظرت العدة أو المدة، فإن خرجت احداهما قبل اسلامه بطل العقد وعليه المهر، وإن بقيتا فهو املك بها).

قد علم غير مرة أن المسلمة لايجوز نكاحها للكافر كتابياً كان أو غيره فإذا اسلمت الزوجة قبل الدخول دون الزوج بطل النكاح المنقطع كما يبطل الدائم، وإن كان اسلامها بعد الدخول انتظرت خروج العدة أو المدة.

---

(١) التهذيب ٨: ١٥٨ ذيل الحديث ٥٤٧، الاستبصار ٣: ٣٥١ ذيل الحديث ١٢٥٤.

(٢) السرائر : ٣٣٩.

ولو كانت وثنية فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف على انقضاء العدة أو المدة، فأيتهما خرجت ثبت المهر وانفسخ النكاح.

ولو أسلم وعنده حرة وأمة ثبت عقد الحرة، ووقف عقد الأمة على رضاها.

فإن خرجت احداهما قبل اسلامه بطل العقد، فإن انقضت عدتها وهو على كفره تدل على انفساخ العقد وخروج المدة يقتضي البينونة، ولا ريب أنه يجب عليه المهر المسمّى في العقد؛ لأن المانع من قبله.

وإن بقيت المدة والعدة معاً إلى أن اسلم فهو املك بها ما دامت المدة باقية.

قوله: (ولو كانت وثنية فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف على انقضاء العدة أو المدة،فأيتهما خرجت ثبت المهر وانفسخ النكاح).

لما لم يجز نكاح الوثنية للمسلم دواماً ولا متعة ابتداء ولا استدامة، وامتنع نكاح الكافر وإن كان كتابياً المسلمة ابتداء واستدامة، وجب فيها اذا كانت الزوجة في المتعة وثنية واسلم احدهما الحكم بانفساخ النكاح إن كان قبل الدخول.

ويجب المهر إن كان انفساخه باسلام الزوج، والظاهر أنه يسقط إن كان باسلام الزوجة كالدائم.

وإن كان اسلام احدهما بعد الدخول وقف النكاح على انقضاء العدة والمدة، فأيتهما خرجت حكم بانفساخ النكاح، والمهر المسمّىٰ ثابت بالدخول.

قوله: (ولو اسلم وعنده حرة وأمة ثبت عقد الحرة ووقف عقد الأمة على رضاها).

أما ثبوت عقد الحرة؛ فلأن نكاح الكفر صحيح، ولا مقتضى للانفساخ حينئذٍ.

وأما وقوف عقد الأمة على رضى الحرة؛ فلأن الجمع بينها وبين الحرة في النكاح

فروع:

أ: لاينقص المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض ، ولو منع عن الجميع كل المدة كالمرض المدنف فكذلك على اشكال،

موقوف على رضى الحرة.

قوله: (فروع: أ: لاينقص المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض، ولو منع عن الجيمع كل المدة كالمرض المدنف فكذلك على اشكال).

لو منعت الزوجة في المتعة بعض الاستمتاعات كالوطء في القبل مثلاً؛ لعذر شرعي أو حسي كالحيض والمرض الشديد، لم ينقص المهر ولم يسقط شيء منه بذلك؛ لأن المهر ثبت بالعقد، ولم يثبت كون المنع هنا مسقطاً مع أنه مأذون فيه شرعاً.

وقد يجب فيبقى وجوبه بكماله عملاً بالاستصحاب، ولقول الصادق عليه السلام في رواية عمر بن حنظلة: «إلاّ أيام حيضها فانها لها»[1].

ولو كان العذر الضروري لمصلحتها، كحفظ مالها أو الاكتساب لضرورة المعاش، ففي عدم تنقيص المهر بذلك نظر ينشأ: من أن المهر في مقابل المدة فأبعاضه في مقابل ابعاضها، فإذا فات شيء منها وجب أن يفوت مقابله من المهر خرج عن ذلك نحو الحيض من الاعذار، فيبقى نحو ما ذكرناه على الأصل. ومن أن المنع جائز شرعاً وربما وجب، فكيف يؤاخذ بسقوط شيء من مهرها بعد الحكم بثبوته بالعقد.

ولو كان العذر نحو تنظيفها واستعدادها للاستمتاع بها لابد منه، أو لنحو المأكل والمشرب فهو كالحيض ؛ لأنه كالمستثنى عادة. هذا كله اذا كان المنع بنحو

---

(١) الفقيه ٣: ٢٩٤ حديث ٢٣٩٧.

وكذا لو منع هو أو هي بظالم، والأقرب أن الموت هنا كالدائم.

الحيض لبعض الاستمتاعات بعض المدة.

ولو منع الجميع كل المدة ففي سقوط جميع المهر اشكال ينشأ: من ان المهر في مقابل الاستمتاع، ولم يحصل شيء منه فوجب الحكم بسقوطه كما في سائر المعاوضات.

والفرق بين هذا وبين المنع بالعذر من بعض الاستمتاعات في بعض المدة: أن حدوث نحو هذه الأعذار غالب في العادة فهي كالمستثناة، ولأنه إذا منع عن البعض بقي البعض الآخر من الاستمتاعات فلم يفت أصل الاستمتاع، بخلاف ما اذا منع من الجميع كل المدة. ومن أن المهر ثبت بالعقد والأصل بقاؤه، ولم يثبت شرعاً كون هذا مسقطاً.

ولاشك أن كونه مسقطاً يتوقف على نص الشارع، ولو سقط بذلك المهر امتنع العقد متعة بتعذر الاستمتاع، وهذا الوجه اقرب.

ولو منع العذر جميع الاستمتاعات بعض المدة، أو بعض الاستمتاعات جميع المدة فالمهر ثابت كما لو منع بعضها في بعض المدة، وهاتان الصورتان لايشملهما عبارة الكتاب.

والمدنِف بكسر النون: المرض اللازم، والمراد هنا: المرض الشديد الذي يتعذر معه الاستمتاع.

قوله: (وكذا لو منع هو أو هي بظالم).

أي: وكذا لا ينقص المهر بمنع الظالم الزوج أو الزوجة عن بعض الاستمتاعات أو جميعها، فيكون التشبيه في عدم النقص، وإن كان السياق يقتضي أن يكون التشبيه في توجه الاشكال في النقص وعدمه، والأول اظهر؛ لامتناع اطراد الوجهين فيما إذا كان الا ستمتاع من طرف الزوج.

قوله: (والأقرب أن الموت هنا كالدائم).

أي: في استقرار جميع المهر به، ووجه القرب ما تقدم غير مرة، وهو أن

ب: لو عقد على مدة متأخرة لم يكن لها النكاح فيما بينهما، ولا له أن ينكح أُختها وإن وفّت المدة بالأجل والعدة.

ج: لو مات فيما بينهما احتمل بطلان العقد، فلا مهر ولا عدة ولاميراث إن اوجبناه مطلقاً أو مع الشرط وعدمه فيثبت النقيض .

المقتضي لثبوت المهر وهو العقد حاصل والمسقط منتف، إذ ليس إلّا الموت، ولم يثبت شرعاً كونه مسقطاً، فيجب التمسك بثبوته عملاً بالمقتضي.

ويحتمل ضعيفاً السقوط؛ لأن استحقاق المهر في مقابل الاستمتاع، فإذا فات انتفى الاستحقاق. ويضعّف بأن الاستحقاق بالعقد وقد حصل، ويمنع كون فوات الاستمتاع مطلقاً مسقطاً، ولم يرد النص إلّا على تفويت الزوجة لا لعذر، فيبقى حكم ما عداه على الثبوت.

قوله: (ب: لو عقد على مدة متأخرة لم يكن لها النكاح فيما بينهما،ولا له أن ينكح اختها وإن وفت المدة بالأجل والعدة).

وإنما لم يجز ذلك؛ لأنه يصدق عليها أنها زوجة وذات بعل قطعاً، لانعقاد النكاح بينهما، وتأخر المدة لايخل بهذا الصدق، إنما يمنع من الاستمتاع حينئذٍ.

ويحرم عقد الغير على ذات البعل، وكذا يحرم على الزوج نكاح اخت الزوجة متعـة ودواماً، ويحتمل جواز ذلك حينئذٍ وخصوصاً اذا وفت المدة المتخللة بين العقد والأجل بالأجل المعقود عليه ثانياً والعدة، لأنها بالنسبة الى تلك المدة خلية، إذ لا حق له عليها في ذلك الوقت. والأصح الأول؛ لما قلناه من كونها زوجة فتندرج في اطلاقات النصوص.

قوله: (ج: لو مات فيما بينهما احتمل بطلان العقد ولا مهر ولا عدة ولا ميراث إن أوجبناه مطلقاً، أو مع الشرط وعدمه فيثبت النقيض).

هذا من أحكام ما اذا عقد على مدة متأخرة عن العقد، وتحقيقه: إن الزوج اذا مات فيما بينهما ـ أي فيما بين العقد والمدة ـ وقلنا بصحة هذا النكاح فهل يبطل

المقصد الثاني: في نكاح الإماء: وإنما تستباح بأمرين: العقد، والملك.

العقد بالموت من أصله؟ يحتمل ذلك، لأن الصحة في العقود هي ترتب اثر العقد عليه، واثر هذا العقد هو ملك الاستمتاع بالفعل، وذلك إنما يكون بعد حصول المدة عملاً بمقتضى العقد فيمتنع تقدمه.

فإذا مات قبل حضور المدة امتنع ترتب الأثر، وتبيّن خروج العقد عن صلاحية التأثير فانكشف بطلانه، وحينئذٍ فينتفي المهر والعدة والميراث إن اوجبناه مطلقاً، أو مع الشرط وكانا قد شرطاه؛ لأن ذلك كله من توابع النكاح وقد انكشف بطلانه، وعلى هذا فلا يحرم على أب العاقد ولا على ابنه، وبالجملة فلا يثبت لهذا العقد شيء من أحكام النكاح.

ويحتمل أن يكون قد وقع صحيحاً، ثم طرأ عليه البطلان بالموت كغيره من العقود؛ لأن العقد بالنظر إلى ذاته له صلاحية التأثير، وخروجه عن ذلك إنما طرأ بالموت وهو أمر خارج عنه متجدد، وحينئذٍ فيجب المهر والعدة والميراث حيث يثبت في المتعة إلى غير ذلك من آثار صحة النكاح.

ولعل الأول اقرب؛ لأن الصحة هي نفس ترتب الأثر، وترتبه قبل حضور المدة ممتنع لكونها اجلاً مضروباً للنكاح فلا يثبت قبلها.

وقول المصنف: (وعدمه فيثبت النقيض) معطوف على قوله: (بطلان العقد) أي: احتمل بطلان العقد وعدمه واراد بالنقيض مقابل الامور المذكورة من المهر والعدة والميراث.

قوله: (المقصد الثاني: في نكاح الاماء، وإنما يستباح بأمرين: العقد، والملك).

فهنا فصول:

الأول: العقد: وليس للسيد أن ينكح أمته بالعقد، ولو ملك منكوحته انفسخ العقد. ولا للحرة أن تنكح عبدها لا بالعقد ولا بالملك، ولو ملكت زوجها انفسخ النكاح.

المراد بالنكاح في قول المصنف: (في نكاح الاماء) هو الوطء دون العقد كما لايخفى، ولاشك أن نكاح الإماء إنما يكون بالعقد أو الملك لانحصار النكاح فيهما؛ لقوله تعالى: ﴿إلّا على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم﴾[1] والاستثناء في سياق النفي يفيد الحصر.

فإن قيل: التحليل أمر ثالث، فانه ليس من قبيل الملك ولا العقد.

قلنا: سيأتي إن شاء الله تعالى أنه تمليك للمنفعة، وهو داخل في الملك. وقيل: إنه من قبيل العقد، وكيف كان فهو داخل فيهما.

قوله: (فها هنا فصول: الأول: العقد، وليس للسيد أن ينكح أمته بالعقد، ولو ملك منكوحتهانفسخ العقد.ولا للحرة أن تنكح عبدها، لا بالعقد ولا بالملك، ولو ملكت زوجها انفسخ النكاح).

لاخلاف في أنه ليس للسيد أن ينكح أمته بالعقد، ولو طرأ الملك على النكاح بأن ملك منكوحته انفسخ النكاح.

يدل على ذلك وراء الإجماع قوله تعالى: **﴿إلّا على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم﴾**[2] فإنه سبحانه جعل كلّاً من الزوجية والملك سبباً للحل على سبيل البدل والتفصيل قاطع للشركة، فامتنع أن يتألف سبب الحل منهما.

وأما انفساخ النكاح اذا طرأ عليه الملك، فقد احتج له بأن ملك اليمين اقوى

---

(١) المؤمنون: ٦.

(٢) المؤمنون: ٦.

وإنما يحل العقد على مملوكة الغير بشرط اذنه، واذن الحرة إن كانت تحته وإن كانت رتقاء، أو كتابية، أو غائبة، أو هرمة، أو صغيرة، أو مجنونة، أو

من النكاح؛ لأنه يملك به الرقبة، والمنفعة والنكاح لايملك به إلّا ضرب من المنفعة، فسقط الأضعف بالأقوى.

واورد عليه الاشكال بما اذا باع العين المؤجرة من المستأجر، فإنه لا تنفسخ الاجارة مع وجود هذا المعنى.

والتحقيق أن النكاح لايقتضي ملك المنفعة حقيقة، وإنمايملك به الانتفاع. ولهذا لو وطئت الزوجة بالشبهة لم يستحق الزوج المهر، ولو كانت المنفعة مملوكة لاستحق عوضها، فظهر أن الملك اقوى منه واندفع الاشكال.

وأيضاً فإن لوازم الملك والزوجية متضادة، فإن الخدمة حق على المملوكة، والاخدام حق للزوجة إن كانت من اهله، وتضاد اللوازم يفضي الى تضاد الملزومات، ولاسبيل إلى ابطال الملك الحاصل بنحو الارث مثلاً فتعين فسخ النكاح.

وكذا ليس للحرة أن تنكح عبدها، لا بالعقد ولا بالملك قطعاً. ولو ملكت زوجها انفسخ النكاح لمثل ما ذكرناه، فإنها تطالبه بالسفر إلى المشرق لأنه عبد، وهو يطالبها بالسفر معه الى المغرب لأنها زوجة، واذا دعاها إلى فراشه بحق النكاح بعثته في حوائجها بحق الملك، واذا تعذر الجمع بطل الأضعف وثبت الأقوى.

وروى ابن بابويه في الفقيه عن ابن عباس وعبيد عن أبي عبدالله: في امرأة كان لها زوج مملوك فورثته فاعتقته هل يكونان على نكاحها؟ قال: «لا، ولكن يحدثان نكاحاً آخر»[1].

قوله: (وإنما يحل العقد على مملوكة الغير بشرط اذنه واذن الحرة إن كانت تحته وإن كانت رتقاء، أو كتابية، أو غائبة، أو هرمة، أو صغيرة، أو

---

(١) الفقيه ٣: ٣٠٣ حديث ١٤٥٤.

متمتعاً بها ما لم يطلقها.

ولا يشترط اسلام الأمة وإن كان الزوج مسلماً في المتعة عندنا،

مجنونة،أو متمتعاً بها ما لم يطلقها).

لاريب أن العقد على مملوكة الغير تصرف فيها ، فيمتنع الحكم بحله شرعاً بحيث يعد عقداً شرعياً يترتب عليه أثره إلّا باذن المولى، ذكراً كان أو انثى، متعة كان النكاح أو دواما، على خلاف ضعيف في أمة المرأة في المتعة، وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى.

يدل على ذلك بعد الاجماع قوله تعالى: ﴿فانكحوهن باذن اهلهن﴾[1]، وصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سألت الرضا عليه السلام هل يجوز للرجل أن يتمتع من المملوكة باذن اهلها وله امرأة حرة؟ قال: «نعم اذا كان باذن اهلها اذا رضيت الحرة»[2] والأهل عام في الرجال والنساء.

ويشترط ايضاً اذن الزوجة الحرة إن كان للعاقد زوجة حرة؛ لتواتر الأخبار من طرق العامة[3] والخاصة[4] بالنهي عن نكاح الأمة لمن عنده حرة، وفي عدة أخبار اشتراط رضاها[5]، ولا فرق في ذلك بين أن تكون الحرة رتقاء أو كتابية،أو غائبة، أو هرمة أو مجنونة، أو صغيرة، أو متمتعاً بها. وبين أن لايكون كذلك ؛ لاطلاق النصوص، فيتناول جميع من ذكر ما لم تطلّق الحرة طلاقاً بائناً أو رجعياً ثم تبين منه بانقضاء العدة فإنه حينئذٍ يسقط اعتبارها.

قوله: (ولايشترط اسلام الأمة وإن كان الزوج مسلماً في المتعة عندنا،

---

(١) النساء: ٢٥.

(٢) التهذيب ٧:٢٥٧ حديث ١١١٢، الاستبصار ٣:١٤٦ حديث ٥٣٣.

(٣) سنن البيهقي ٧:١٧٥.

(٤) الكافي ٥:٢٥٩ باب الحر يتزوّج الأمة، التهذيب ٧:٣٤٤ حديث ١٤٠٨، الاستبصار ٣:٢٤٢ حديث ٨٦٦.

(٥) الكافي ٥:٤٦٣ حديث ٣، التهذيب ٧:٢٥٧ حديث ١١١٢، الاستبصار ٣:١٤٦ حديث ٥٣٣.

ومطلقاً عند آخرين.

وللعبد أن ينكح الكتابية إن جوزناه للمسلم، وكذا للكتابي أن يتزوج بالأمة الكتابية.

ومطلقاً عند اخرين).

قد سبق حكاية الخلاف بين الأصحاب في نكاح الكافرة بالعقد، وأن منهم من جوّز المتعة والدوام، وأن منهم من جوز المتعة دون الدوام، وأن منهم من منعهما، وأن الأصح عند المصنف وجمع من الأصحاب جواز المتعة خاصة، وعلى هذا جرى قوله: (ولايشترط اسلام الأمة) أي: المنكوحة بالعقد؛ لأنه في سياقه، (وإن كان الزوج مسلماً) أي: سواء كان الزوج مسلماً أم لا.

لكن ذلك في المتعة عند المصنف، وأما الدوام عنده فإنه يشترط فيه اسلام الأمة اذا كان الزوج مسلماً، ومطلقاً عند اخرين، أي: لا يشترط اسلام الأمة وإن كان الزوج مسلماً مطلقاً، أي: في المتعة والدوام عند آخرين، وهم القائلون بجواز نكاح الكافرة للمسلم مطلقاً، وأما القائلون بالمنع مطلقاً فإنهم يشترطون اسلامها مطلقاً إذا كان الزوج مسلماً.

قوله: (وللعبد أن ينكح الكتابية إن جوّزناه للمسلم، وكذا للكتابي أن يتزوّج بالأمة الكتابية).

العبد المسلم كالحر المسلم في أنّ له أن ينكح الكتابية، حرة كانت أو أمة، في المتعة خاصة عندنا، ومطلقاً عند آخرين؛ لأن دلائل الجواز والمنع شاملة للحر والعبد.

وكذا الكتابي الحر أن يتزوج بالأمة الكتابية في المتعة خاصة عندنا، ومطلقاً عند آخرين، وذلك لازم من التشبيه في قوله: (وكذا الكتابي)، ولولاه لم يستقم الاطلاق، فإن المراد: حل ذلك له عندنا بحيث يحكم به عند الترافع الينا، أما عندهم فإنا لا نؤاخذهم بما يدينون به وإن كان نكاح المحرمات ما لم يتظاهروا به.

وفي اشتراط عدم الطَول وخوف العنت خلاف، فإن شرطناهما وقدر على حرة رتقاء، أو غائبة غيبة بعيدة، أو كتابية، أو من غلت في المهر إلى حد الإسراف، جاز نكاح الأمة

فرع: إذا تحرر بعض المملوك كان كالحر في تحريم نكاح الأمة، ولو كان بعض الأمة رقيقاً فهي كالأمة في تحريم نكاحها بالحرة إلاّ باذنها، وفي تحريم نكاحها إلاّ مع الشرطين، واذا وجدها من يسوغ له نكاح الأمة فهل يتعين نكاحها، أم يجوز التخطي إلى الأمة؟ فيه وجهان.

قوله: (وفي اشتراط عدم الطول وخوف العنت خلاف، فإن شرطناهما وقدر على حرة رتقاء، أو غائبة غيبة بعيدة، أو كتابية، أو من غلت في المهر إلى حد الاسراف جاز نكاح الأمة).

أي: وفي اشتراط عدم الطول وخوف العنت في نكاح الحر المسلم للأمة بالعقد، وكذا الكتابي الحر خلاف سبق بيانه في المحرمات، فإن شرطناهما ـ وهو الأصح ـ وقدر على حرة من المذكورات جاز نكاح الأمة عند المصنف، وتنقيح البحث في مسائل:

الأولى: أن يقدر على نكاح حرة يتعذر وطؤها قبلا لكونها رتقاء أو قرناء ونحو ذلك، وفي جواز نكاح الأمة حينئذٍ وجهان:

أحدهما: العدم؛ لأنه قادر على بعض الاستمتاعات، فإن الوطء في الدبر على القول بجوازه، والتفخيذ، وامثال ذلك ينكسر به الشهوة ويندفع به خوف العنت.

والآخر: الجواز؛لأن المشتهى طبعاً هو الوطء في القبل، ويؤيده أن الغرض الأصلي من النكاح ـ وهو النسل الذي به بقاء النوع ـ لا يحصل به.

والجواز اقوى؛ لأنّ خوف العنت لايندفع بهذا القدر من الاستمتاع، إذ المشتهى طبعاً غيره، وموضع الوجهين ما اذا لم يمكن علاجها بحيث يندفع المانع، فإن امكن فلا بحث في عدم الجواز.

وربما بني الوجهان على الوجهين في أن الرتقاء والقرناء لو كانتا تحته هل يمنع من نكاح الأمة، حيث لايقدر على غيرهما، وليس ببعيد؛ لأن خوف العنت في الموضعين على حد سواء.

الثانية: أن يقدر على حرة كتابية، فإن قلنا بالمنع من نكاحها مطلقاً جاز نكاح الأمة، وإن جوّزناه دواماً أو متعة فوجهان:

وجه الجواز: إنه سبحانه جعل الشرط في الآية ان لايستطيع نكاح المؤمنات، وقد وجد ها هنا، ولأن مباشرة الزوجة ومخالطتها مما تعم به البلوى، وتجنبها لكفرها مما تعظم مشقته.

ووجه المنع: إنه لايخشى العنت حينئذٍ، ولو كانت الكتابية تحته منع من الأمة، وكذا مع القدرة عليها، والآية خرجت مخرج الغالب، فإن الغالب أن المسلم إنما يرغب في المؤمنات. وفي الوجه الأول قوة، والحجة ظاهر الآية فإنها خالية عن المعارض.

الثالثة: أن يقدر على حرة غائبة عن بلده غيبة بعيدة، فإنه إذا خاف العنت في مدة قطع المسافة، أو كان بحيث يلحقه مشقة شديدة عادة بالخروج اليها وفي احضارها عنده جاز له نكاح الأمة دفعاً للحرج، وإلّا لم يجز.

الرابعة: أن يقدر على هرمة جداً، أو صغيرة أو مفضاة كذلك. وضابطه أن لا يتيسر الاستمتاع بها، ففي جواز الأمة حينئذٍ وجهان، أصحهما الجواز إذ لا غناء في هذه ولا استغناء بها، ويحتمل ضعيفاً المنع؛ لصدق استطاعة نكاح المؤمنة.

أما لو قدر على مجنونة ففي الجواز تردد، وجه المنع امكان الاستمتاع، ووجه الجواز حصول الشرط إذ ليست بمؤمنة.

الخامسة: أن يقدر على حرة غلت في المهر إلى حد الاسراف، وظاهر عبارة المصنف تشمل ما إذا كان ذلك مهر مثلها لكنها لايليق بحاله، بحيث يعد تزويجه بها بذلك المهر اسرافاً في حقه مع قدرته على المهر.

. . . .

والمسألة مصورة في غير هذا الكتاب بما اذا كانت لا ترضى إلّا بأكثر من مهر مثلها ، وهو الظاهر من كلام الشارح الفاضل ولد المصنف حيث شبّه هذه المسألة بما اذا وجد الماء بأكثر من ثمن المثل هل ينتقل الى التيمم، وبما اذا وجد الرقبة في الكفارة المرتبة بأكثر من ثمن المثل هل ينتقل فرضه الى الصوم؟ في كل منها قولان[1].

وهذا هو الأنسب؛ لأن من وجد مهر شريفة وإن كانت أعلى منه بيتاً وكثر مهر امثالها عادة ينبغي ان لا تحل له الأمة؛ لانتفاء الشرط حينئذٍ، فانه يصدق عليه الاستطاعة لنكاح المؤمنة، ولااثر لكون تزوجه لمثلها في العادة يعد سرفاً.

أما اذا لم توجد الحرة إلّا بأكثر من مهر امثالها ففي جوازالأمة وجهان:

وجه الجواز: إنّ بذل المال على هذا الوجه اتلاف له وهو من السفه، ولما فيه من المشقة بتحمل الغبن.

ووجه المنع: إنه مستطيع فانتفى، ولأن مثل هذه المغالاة في النكاح مما تقتضيها العادة فإنه يتعلق به اغراض كلية ينتفي معها الغبن.

وتوسط متوسط فقال: إن كانت المغالاة بقدر كثير يعد بذله اسرافا جاز نكاح الأمة، وإلّا فلا. ولعل المصنف حاول هذا المعنى بعبارته، لكنها غير وافية بالدلالة عليه كما عرفت.

ولا ريب أن لهذه المسألة نظائر غير المسألتين اللتين ذكرهما الشارح، منها: ما لو وجد الراحلة في الحج وما لابد منه بأزيد من ثمن المثل، فهل يجب الشراء، أم يسقط الحج؟

ومنها: ما لو وجد الساتر في الصلاة بأزيد من ثمن المثل، فهل يجب الشراء، أم يصلي عارياً؟ وغير ذلك.

---

(١) ايضاح الفوائد ٣:١٣٧.

وفي ذات العيب اشكال.

وقد سبق أن المختار الوجوب ما لم يعد اجحافاً، فيسقط لما فيه من الضرر، وينبغي أن يكون الحكم هنا كذلك.

واعلم أن قول المصنف: (أو من غلت) يجوز قراءته بالمهملة والمعجمة، من العلو أو من الزيادة، وهما يتقاربان في المعنى.

قوله: (وفي ذات العيب اشكال).

أي: لو قدر على حرة ذات عيب كالبرصاء والمجذومة، ففي جواز نكاح الأمة في هذه الحالة اشكال، ينشأ : من انتفاء شرط نكاح الأمة؛ لأنه مستطيع لنكاح الحرة المؤمنة، فيمنع من نكاحها. ومن أن مقصود النكاح دفع الشهوة، وإنما يكون ذلك مع الميل القلبي، وهو منتف هنا؛ لوجود النفرة طبعاً، فلا يندفع خوف العنت. ولأنه إن جاز الفسخ بالعيب هنا لو تزوّجها ولم يعلم بالعيب إلاّ بعد العقد جاز نكاح الأمة، والمقدم حق، لإطلاق النصوص بثبوت الخيار بالعيوب، وهو يتناول صورة النزاع، فاخراجها يحتاج إلى دليل شرعي، وهو منتف.

فإن قيل: عموم قوله تعالى:﴿ومن لم يستطع منكم طولا﴾[1] يقتضي اخراجها.

قلنا: دلائل الفسخ بالعيب أخص من هذا الوجه فتقدّم، وأما بيان الملازمة؛ فلأنه اذا جاز فسخ نكاح ذات العيب امتنع القول بتحتم تزويجها لو لم تكن منكوحة، فإنه لو وجب ابتداء النكاح لوجبت استدامته بطريق اولى، وهذا اقوى.

واعلم أن عبارة المصنف كالمتدافعة، فإنه جزم بأنه اذا قدر على رتقاء جاز له نكـاح الأمة، وتردد في ذات العيب مع أنها شاملة للرتقاء، فإن الرتق من العيوب المجوزة للفسخ كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

---

(١) النساء: ٢٥.

ولو كان مفلساً ورضيت بالمؤجل أقل من مهر المثل لم تنكح الأمة.

وقد يعتذر له بأنه أراد بذات العيب ما عدا الرتقاء فلا تدافع، لكن قد يسأل عن الفرق بينها وبين غيرها من ذوات العيوب، فيجاب بأن الرتق مانع من الوطء قبلاً، فمطلوب النكاح وهو الوطء قبلاً معه منتف، بخلاف نحو الجنون والجذام والبرص، وهو ضعيف، ومنقوض بالرتق والعمى والعرج والافضاء.

قوله: (ولو كان مفلساً ورضيت بالمؤجل اقل من مهر المثل لم ينكح الأمة).

ينبغي أن يقرأ مفلساً بالتخفيف ليشمل من كان غير قادر على المهر ولم يحكم بتفليسه.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

وفقه المسألة: إنه متى كان غير قادر على طول الحرة لفقره أو للحجر عليه بالافلاس، فوجد حرة ترضى بمهر مؤجل إلى أجل يتوقع القدرة عليه عند حلوله، والمهر الذي رضيت به لايزيد على مهر امثالها، لم ينكح الأمة عند المصنف ووجب عليه نكاحها، لأنه مستطيع للحرة حينئذٍ. وفي الحكم نظر ينشأ من هذا، ومن أنه شغل الذمة بالدين الموجب للمطالبة عند الحلول.

وقد لا يصدق رجاؤه في حصول الملاءة ضرر بيّن، وقد ورد في الدين أنه «همّ بالليل ومذلة في النهار».

وقريب من ذلك ما اذا وجد من يبيع منه نسيئة ما يفي بصداقها، أو وجد من يستأجره باجرة معجّلة تفي به أو يقرضه ذلك، وعدم الوجوب في هذه المسائل كلها قوي، فيجوز نكاح الأمة.

فرعان:

أ: المال الغائب لايمنع نكاح الأمة، لأن صاحبه ملحق بالفقير، ولهذا يجوز له أخذ الزكاة.

فلو وجد من يبيعه نسيئة إلى أجل، يغلب على الظن وصول المال الغائب عند

وخوف العنت إنما يحصل بغلبة الشهوة وضعف التقوى، فلو انتفى أحدهما لم ينكح الأمة.

الحلول، ففي الوجوب نظر. وكذا الفرض إذا أجّل لازماً كذلك.

ب: لايجب بيع المسكن والخادم وما جرى مجراهما، وصرف ذلك إلى طول الأمة على اقرب الوجهين؛ لأن ملك ذلك لاينافي الفقر، والفقير غير مستطيع.

واعلم أنه لاحاجة إلى كون ما ترضى به الحرة مؤجلاً أقل من مهر المثل، كما في عبارة الكتاب، بل مهر المثل أيضاً كذلك. أما لو لم ترض إلاّ بما زاد، فإنه يبني على أنه لو وجد حرة لا ترضى إلاّ بما زاد على مهر امثالها وهو قادر عليه هل يجوز نكاح الأمة أم لا؟ ولابد أن يكون بحيث يتوقع عند آخر الأجل التمكن من أداء المهر، وإلاّ جاز نكاح الأمة وجهاً واحداً، وعبارة الكتاب خالية من ذلك.

قوله: (وخوف العنت إنما يحصل بغلبة الشهوة وضعف التقوى، فلو انتفى احدهما لم ينكح الأمة).

قال الله تعالى: ﴿**ذلك لمن خشي العنت منكم**﴾[1] والعنت لغة: المشقة الشديدة، ويقال:إنه الهلاك، والمراد هنا الزنا. واطلق عليه العنت من حيث انه سبب المشقة والهلاك بالحد في الدنيا والعقوبة في الآخرة، فخوف العنت هو توقع مقارفة الزنا على سبيل الندرة، وإنما يتحقق ذلك بغلبة الشهوة وضعف التقوى، فمن غلبت شهوته وقل تقواه فهو خائف، ومن قويت شهوته وله زاجر عن الوقوع في الزنا من دين أو مروءة أو حياء فهو غير خائف.

وكذا من غلبت شهوته وقوى تقواه، لأنه لا يخشى العنت، لكن لو كان ترك الوقاع في حق هذا بحيث يجر ضرراً ومرضاً شديداً لم يبعد القول بجواز نكاح الأمة، وعبارة الكتاب مطلقة.

---

(١) النساء: ٢٥.

والقادر على ملك اليمين لا يخاف العنت فلا يترخص ، ولو أيسر بعد نكاح الأمة لم تحرم الأمة.

ولا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا نكاحاً بدون اذن المالك، فإن فعل أحدهما بدونه و قف على الاجازة على رأي.

قوله: (والقادر على ملك اليمين لا يخاف العنت فلا يترخص).

وجهه: إنّ خوف الوقوع في الزنا يندفع بوطء المملوكة، فيتحتم شراؤها لو لم تكن في ملكه، ولا يجوز له نكاح الأمة.

ويحتمل الجواز؛ لأنه لايستطيع طول حرة، وهذا هو الشرط في الآية، والأول أقوى ؛ لأن خوف العنت شرط أيضاً، وهو منتف هنا.

فرع: لو كانت الأمة التي يملكها غير محللة له، فإن كانت قيمتها تفي بثمن أمة يتسرى بها او مهر حرة، ولم يكن هناك ما يسقط معه وجوب بيعها لكونها مألوفة يشق فراقها لم ينكح الأمة.

قوله: (ولو ايسر بعد نكاح الأمة لم تحرم الأمة).

لأن قضية الآية اشتراط الاعسار في الابتداء، ولا دليل على كونه شرطاً في الدوام، مع أن الدوام اقوى من الابتداء، وذلك كما أن العنت شرط في الابتداء خاصة، وكما أن كلا من العدة والردة والاحرام يمنع ابتداء النكاح دون دوامه، والاسلام يمنع ا بتداء السبي دون دوامه، وكذا لا تحرم الأمة لو نكح حرة بعد ما نكحها عندنا.

ولايخفى أن المصنف لو اقتصر على قوله: (لم تحرم)، ولم يذكر الأمة مرة اخرى، لم يكن محتاجاً إلى ذكرها، ولكانت مع الاختصار خالية من التكرار.

قوله: (ولا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا نكاحاً من دون اذن المالك، فإن فعل أحدهما بدونه وقف على الاجازة على رأي).

اختلف الأصحاب في أن الفضولي من النكاح يقع باطلاً، أو موقوفاً على الاجازة من الزوج أو الزوجة.

وعلى المولى مع اذنه مهر العبد ونفقة زوجته، وله مهر أمته.

فالقائلون بالبطلان ثم قالوا به في نكاح العبد والأمة اذا بادر احدهما إلى العقد بنفسه بدون أذن سيده.

والقائلون بوقوعه موقوفاً اختلفوا هنا، فقال بعضهم بوقوع هذا النكاح موقوفاً، فإن اجازه السيد صح ،وإلاّ بطل. واختاره المصنف هنا وفي المختلف[١]، وهو الأصح؛ لحسنة زرارة عن الباقر عليه السلام، قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير اذن سيده قال: «ذلك الى السيد إن شاء اجاز ،وإن شاء فرّق بينهما»[٢].

واضطرب كلام ابن ادريس فقال في أوله ما حاصله: إن كلام الشيخ مبني على مذهبه من أن العقد لا يقف على الاجازة، قال: وقد بيّنا فساد ذلك فيما مضى، ثم حكم ببطلان العقد هنا من أصله محتجاً بأنه منهي عنه فيكون فاسداً[٣]، وكلية الكبرى ممنوعة.

وقد يحتج بما ورد عن النبي صلّى الله عليه وآله: «أيما مملوك تزوّج بغير اذن مولاه فنكاحه باطل»[٤]، ويجاب بمنع السند أولاً، وبالجملة على انه بمنزلة الباطل، إذ لا يترتب عليه أثره بمجرده ثانياً مجازاً طلباً للجمع بينه وبين ما سبق.

قوله: (وعلى المولى مع اذنه مهر العبد ونفقة زوجته وله مهر أمته).

اذا أذن المولى لعبده في النكاح صح وكان المهر في ذمة السيد، وكذا نفقة الزوجة على اشهر الأقوال للأصحاب؛ لأن العبد لما لم يتصور ملكه امتنع تعلق الوجوب به، ولما وقع النكاح صحيحاً لزمه الحكم بثبوت المهر والنفقة، ولا متعلق لهما إلاّ السيد وقد أذن في النكاح فيتعيّن وجوبها عليه؛ لأن ا لاذن في النكاح لمن هذا حاله

---

(١) المختلف: ٥٦٩.

(٢) الكافي ٥:٤٧٨ حديث ٣، الفقيه ٣:٣٥٠ حديث ١٦٧٥، التهذيب ٧:٣٥١ حديث ١٤٣٢.

(٣) السرائر: ٣٠٥.

(٤) سنن البيهقي ٧:١٢٧ وفيه: «عاهر» بدل «باطل».

واجازة عقد العبد كالاذن المبتدأ في النفقة، وفي المهر اشكال.

التزام لمؤنته، ولما كان نسبتها الى جهات اموال السيد على حد سواء وجب الحكم بثبوتها في ذمة السيد؛ لامتناع الترجيح.

ولو زوّج السيد أمته صح النكاح قطعاً وكان المهر للسيد؛ لأن الأمة وبضعها ومنافعها مملوكة له، فيكون المهر الذي هو في مقابل البضع حقاً له.

قوله: (واجازة عقد العبد كالاذن المبتدأ له في النفقة، وفي المهر اشكال).

لما حكم بأن عقد المملوك يقع موقوفاً على اجازة السيد ولايقع باطلاً من اصله، فرّع عليه ما اذا كان المملوك العاقد عبداً واجاز المولى نكاحه فقال: إنه كالاذن المبتدأ في النفقة، وتردد في المهر. وتحقيقه: إن المولى اذا اجاز العقد كانت الاجازة كالاذن المبتدأ، أي: الواقع قبل العقد، فيصح به العقد كما سبق وتثبت به النفقة مع حصول التمكين من الزوجة في ذمة السيد ؛لأن وجوبها أثر النكاح الثابت بالاذن.

وأما المهر ففي كون الاجازة بالنسبة إليه كالاذن المبتدأ، فيثبت في ذمة العبد على أنه يتبع به اذا أعتق، أو في ذمة السيد اشكال ينشأ: من أن الاجازة لما طرأت على العقد بعد تمامه لم توجب في ذمة المولى شيئاً؛ وذلك لأن العقد تضمّن المهر قبل صدور الاجازة، فلم يكن له تعلق بذمته. ولأن الاجازة إنما تؤثر في العقد على ما هو عليه، ومعلوم أنه لم يقع على أن المهر في ذمة المولى.

ومن أن الرضىٰ بالنكاح من المولى التزام لمؤنة، ولايفترق الحال في ذلك بين وقوعه متقدماً ومتأخراً.

فإن العبد لكونه لايملك يمتنع الزامه بالمهر، فلا يقع العقد إلّا على الوجه الممكن، وهو كون المهر على السيد، فيقع موقوفاً على هذا الوجه. فإذا اجازه ثبت المهر في ذمته كما في الاذن قبل العقد سواء، وهذا اصح.

ولو تعدد المالك افتقر إلى اذن الجميع قبل العقد، أو اجازتهم بعده. ويحتمل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد وربح تجارته، ولا يضمن السيد، بل يجب أن يمكّنه من الاكتساب،

والجواب عما سبق أن العقد وإن لم يتضمن ثبوت المهر في ذمة السيد، إلّا أنه يمتنع وقوعه إلّا كذلك ؛لما قلناه.

قوله: (ولو تعدد المالك افتقر الى اذن الجميع قبل العقد، أو اجازتهم بعده).

لأن كل واحد منهم مالك، فيعتبر في كل واحد منهم ما يعتبر في المالك الواحد، وحينئذٍ فيوزّع عليهم المهر والنفقة بالحصة.

قولـه: (ويحتمـل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد وربح تجارته، ولايضمن السيد بل يجب أن يمكّنه من الاكتساب).

ذكر الشارح الفاضل ما حاصله: إن ما ذكره المصنف في المطلب الخامس في الاحكام من الفصل الثالث: في الأولياء، من أن المولى إذا اذن لعبده في النكاح واطلق ثبت قدر مهر المثل على المولى لو نكح بأزيد منه، لم يكن ترجيحاً مانعاً من النقيض، أو أنه رجع عنه إلى كون المهر والنفقة في كسب العبد[1].

وما ذكره غير واضح إذ ليس في كلامه ما يدل على اختيار كون المهر والنفقة في كسب العبد بحال، فإنه لم يذكر ذلك إلّا احتمالاً. وقد ذكر قبله بيسير إن على المولى مع اذنه مهر العبد ونفقة زوجته، فكيف يكون هذا رجوعاً عما سبق. ولا ريب أن الاحتمال لاينافي صورة الجزم؛ لأنه مع ترجيح احد الطرفين يجوز ذكره بصورة الجزم لتعيّن العمل به لا محالة.

---

(١) الإيضاح ٣:١٣٨.

. . . .

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يحتمل ثبوت المهر والنفقة فيها اذا اذن السيد لعبده في النكاح قبل العقد، أو اجازه بعد وقوعه في كسب العبد إن كان كاسباً، كما في الاحتطاب والاحتشاش، وما يحصّله بصنعة أو حرفة ولو بالاكتساب النادر في ربح تجارته إن كان تاجراً.

وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1]، ووجهه: إن المهر والنفقة من لوازم النكاح، وكسب العبد أقرب شيء اليهما، فإن غاية كسب كل انسان هو الصرف في مؤنه وضروراته، والعادة جارية بذلك فينزل الحال في لوازم النكاح عليها.

ويضعّف بأن الدين لابد له من ذمة يتعلق بها، وذمة العبد ليست أهلاً لذلك، فلابد من تعلقه بذمة المولى، وعلى القول بذلك فلا يخفى أنهما لا يتعلقان بكل كسب للعبد بل بما كان بعد النكاح، فإن السابق خاص بالمولى كسائر امواله.

ولابد في المهر من حلوله، فلو كا ن مؤجلاً تعلّق بالكسب الواقع بعد الحلول دون ما قبله؛ لما قلناه.

ولابد في النفقة من التمكين، فلا تعلق لها بالكسب المتقدم عليه. ومن هذا يعلم أنه لو كان تاجراً لم يتعلق برأس المال، بل بالربح الحاصل بعد الاستحقاق حالاً. وطريق الصرف إلى المهر والنفقة أن ينظر في الحاصل كل يوم، فيؤدي منه النفقة إن وفى بها، فإن فضل شيء صرف إلى المهر، وهكذا حتى يتم المهر ثم يصرف الفاضل من النفقة الى السيد، ولا يدخر لما يتجدد من النفقة.

ولو فلس السيد اختصت الزوجة بقدر النفقة والمهر من كسب العبد، وعلى القول بكونهما في ذمة السيد هي احد غرمائه فتضرب بالحصة.

وقول المصنف: (ولايضمن السيد بل يجب أن يمكنه من الاكتساب) تنقيح

---

(١) المبسوط ٤:١٦٧.

فإن استخدمه يوماً فأجرة المثل كالاجنبي. ويحتمل أقل الأمرين من كسبه ونفقة يومه.

للقول بثبوتها في كسب العبد، فإن تعلق الحق بمال معيّن لاينافي الثبوت في الذمة، كما لو ضمن ما على الغير وشرط الأداء من مال بعينه، وكما في الرهن وتركة الميت.

ولما لم يكن للمهر والنفقة على هذا القول تعلق بذمة السيد، بل متعلقها الكسب، كما أن متعلق أرش الجناية هو رقبة العبد دون ذمة السيد، نصّ المصنف على ذلك، وبيّن أنه يجب على السيد تمكينه من الكسب بمعنى تخليته ليكتسب، ولا يشترط اذنه؛ لأن الاذن في النكاح يستدعي ذلك.

ومقتضى هذا أنه لايشترط الاذن في التجارة بخصوصها، بل إن اتجر حينئذٍ صح وتعلقا بالربح.

وقد يتوهّم من قول الشارح الفاضل: لو كان مأذوناً له في التجارة تعلق أيضاً المهر ونفقة زوجته بربحه، اعتبار الاذن في الصحة، فإن ذلك مراد له[1]، فليس بظاهر.

وليس من لوازمها التصرف في مال المولى، إلّا أن يقال: التجارة لابد فيها من الشراء، ولابد من ثبوت الثمن في ذمة المولى، وهذا مما يجب التوقف فيه على اذنه.

فرع: يجب عليه تخليته للاستمتاع بمجرى العادة.

قوله: (فإن استخدمه يوماً فاجرة المثل كالاجنبي، ويحتمل أقل الأمرين من كسبه ونفقة يومه).

هذا فرع على القول بثبوت المهر والنفقة في كسب العبد ووجوب تخليته للاكتساب، وتحقيقه: إنه على هذا القول لو استخدمه السيد يوماً ولم يلتزم بلوازم النكاح وجب عليه الغرم لما استخدم؛ لأنه لما أذن في النكاح فكأنه أحال على كسبه، فإن فوّته طولب بعوض ما استوفاه وهو أُجرة المثل كما في الأجنبي.

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ١٣٩.

ويحتمل ثبوت النفقة في رقبته، بأن يباع كل يوم منه جزء للنفقة.

ويحتمل أن يجب أقل الأمرين من اجرة المثل والمهر ونفقة يومه، أما اذا كان المهر والنفقة اقل فظاهر، إذ لايجب شيء غير ذلك.

وأما اذا كانت الاجرة أقل؛ فلأن الذي استوفاه السيد هو قدر الاجرة، فلا يغرم اكثر منه.

ويجيء احتمال ثالث، وهو أن يغرم نفقة مدة الاستخدام كائنةما كانت؛ لأنه ربما كان يكتسب ما يفي بذلك.

والأقرب تفريعاً هو وجوب أقل الأمرين. واعلم أن المصنف لم يذكر في هذا الاحتمال سوى نفقة يومه.

ولا ريب أن المهر دين حاضر؛ لأنه الفرض، فإذا وفت به الاجرة تعيّن صرفها إليه مع النفقة، وكأنه إنما سكت عنه اكتفاء بما تقدّم واعتماداً على ظهور الحال، وكذا فعل في احتمال كونها في رقبته.

قوله: (ويحتمل ثبوت النفقة في رقبته، بأن يباع كل يوم منه جزء للنفقة).

هذااحتمال ثالث لتعلق النفقة، وتحقيقه: إنّ نفقة كل يوم تثبت في رقبته، فيباع منه جزء ما يفي بالنفقة، تنزيلاً لها منزلة ارش الجنايات.

ووجهه: إن النفقة واجبة لامحالة وليست على السيد؛ لأصالة البراءة، ولا على العبد؛ لأنه ليس أهلاً لذلك. وتعليقها بكسبه تعليق للواجب بما ليس بمعلوم الحصول، فتعيّن تعلقها بالرقبة بمقتضى السبر والتقسيم.

فعلى هذا إن وجد راغب يشتري كل يوم منه جزء بقدرالنفقة الواجبة لذلك اليوم وجب بيعه.

واعلم أن قوله: (ويحتمل ثبوت النفقة في رقبته) ليس عديلاً لقوله: (ويحتمل أقل الأمرين) بل هو عديل لقوله: (ويحتمل ثبوت المهر والنفقة فى كسب العبد) كما

ولو قصر الكسب، أو لم يكن ذا كسب احتمل ثبوت النفقة في رقبته وفي ذمة المولى، وأن يتخير بين الصبر والفسخ إن جوّزناه مع العسر.

ولو اشترته زوجته أو اتهبته قبل الدخول سقط نصف المهر الذي

هو ظاهر عند التأمل.

قوله: (ولو قصر الكسب أو لم يكن ذا كسب احتمل ثبوت النفقة في رقبته، وفي ذمة المولى، وأن يتخير بين الفسخ والصبر إن جوّزناه مع العسر).

ما سبق هو حكم ما اذا كان العبد كاسباً وكسبه واف بنفقة زوجته، وهذا بيان حكم ما اذا كان كسبه قاصراً عنها أولم يكن له كسب أصلاً، وقد ذكر المصنف فيه احتمالات ثلاثة:

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

احدها: ثبوت النفقة أو ما قصر الكسب عنه منها في رقبته، تنزيلاً للوطء في النكاح منزلة الجناية.

الثاني: ثبوتها في ذمة المولى؛ لأنه لما اذن في النكاح لزمته لوازمه، لامتناع اغراء النكاح عن النفقة، وإنما قدّمنا الكسب؛ لأنه اقرب شيء اليها، فإذا انتفى تعيّنت ذمة المولى.

الثـالث: تخيير الزوجة بين الصبر بغير نفقةحاضرة، وبين الفسخ إن جوّزنا الفسْخ للمرأة اذا اعسر زوجها الحر عن النفقة، وسيأتي تحقيقه إن شاء تعالى. ولم يذكر المصنف حال المهر مع القصور، وكذا لم يذكره في احتمال ثبوت النفقة في رقبته، فيمكن أن لايرى مجيء ذلك فيه، وأن يكون على ذلك التقدير ديناً على العبد يتبع به.

لكن في اثبات الفرق بين المهر والنفقة عسر، وهذا كله بناء على أن المهر والنفقة لا يثبتان في ذمة المولى باذنه في النكاح، أما على القول بالثبوت فإن ذلك ساقط.

قوله: (ولو اشترته زوجته، أو اتهبته قبل الدخول سقط نصف المهر

ضمنه السيد أو جميعه، فإن اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن اسقطنا الجميع حذراً من الدور، إذ سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضي عراء البيع عن

الذي ضمنه السيد أو جميعه).

قد سبق أنه اذا ملك أحد الزوجين الآخر أو شيئاً منه انفسخ النكاح، فإذا ملكت الزوجة الحرة زوجها المملوك شراءً أو اتهاباً أو غيرهما، فإما أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده.

فإن كان قبله وقد ضمن السيد المهر، إما بناء على أن الاذن في النكاح يقتضي ثبوته في ذمته، أو لكونه قد ضمنه للمرأة بعد النكاح حتى صار في ذمته، فإن ما في الذمة مضمون لا محالة، ففي سقوط نصف المهر أو جميعه وجهان:

وجه الأول: إن الانفساخ حصل بالعقد الجاري من المولى، والزوجة والمولى قائم مقام الزوج من حيث انه سيده، والفراق اذا حصل بصنع الزوجين غلب جانب الزوج وتشطر المهر، كما لو خالعها قبل المسيس.

ووجه الثاني: إن الفرقة حصلت بالزوجة، والسيد لا اختيار للزوج فيها، فكان كما لو ا سلمت مع كفره، أو ارتدت مع اسلامه قبل الدخول. وفي هذا الوجه قوة، فعلى هذا ترد المهر إن قبضته وعليها الثمن، وعلى الأول ترد النصف وعليها الثمن، وقد يقع التقاص اذا اتحد الجنس.

ولو انعكس الفرض فملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول، ففي وجوب نصف المهر أو جميعه الوجهان أيضاً، لكن المتجه هنا وجوب الجميع، وقد سبق نظائره في الرضاع وتجدد الاسلام.

وتمليك البسيد إياه لايقدح في استحقاقه المهر، إذ ليس ابلغ من بذل الزوجة في الخلع، وإنما تشطر في الخلع للدليل، فلا يلحق به غيره.

قوله: (فإن اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن اسقطنا الجميع حذراً من الدور، اذ سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضي عراء المبيع عن

العوض ،

العوض).

قد بيّنا أن المهر يمكن ثبوته في ذمة السيد، اما بأن يكون صدور العقد باذنه يقتضي شغل ذمته، أو بأن يضمنه للزوجة،بناءً على أنه لايثبت في ذمته بعد صدور العقد؛ لأنه دين لازم فيصح ضمانه.

ولا ريب أن ما يقرن بالباقي عقد البيع من العوضين هو الثمن، فإذا باع السيد العبد للزوجة بالدين الذي في ذمته فقد باعه بنفس المهر. ومثله ما لو دفع إلى عبده عيناً من أمواله لينكحها بها، ثم باعها إياه بتلك العين، بخلاف ما لو باعها بعوض واطلق بحيث لم يقيّده بكونه الذي في ذمته لها، فإنه ليس بيعاً بنفس المهر.

اذا تقرر ذلك، فإن الزوجة اذا اشترت زوجها العبد بنفس المهر الذي في ذمة السيد، أو الذي تعيّن في عقد النكاح على ما بيّناه، وكان ذلك قبل الدخول بنى على صحة البيع، وعدمه على المسألة السابقة، وهي أن الزوجة إذااشترته قبل الدخول سقط نصف المهر أو جميعه.

فإن قلنا بسقوط الجميع بطل البيع؛ لأنه يلزم منه الدور، وهو باطل. بيان اللزوم: إنه اذا صح البيع دخل في ملكها وانفسخ النكاح فيسقط المهر؛ لأنه المقدّر، فيبقى المبيع بغير عوض يقابله فينفسخ؛ لامتناع صحة البيع بدون ثمن.

فصحة البيع تستلزم بطلانه، وذلك دور عند الفقهاء،وبطلانه ظاهر. لأن كلما كان بحيث يفضي صحته الى بطلانه يجب الحكم ببطلانه.

لايقال: صحة البيع وارتفاع النكاح لا يكونان معاً، بل يكون الفسخ بعد البيع وحصول الملك، وحينئذٍ فلا يزول ملكها عن الصداق إلاّ بعد ملكها للرقبة، فلايبطل الثمن لانفساخ العقد، بل يكون اثره الرجوع إلى البيع بدل الصداق.

وكما لو اشترت بعين الصداق قبل المسيس ثم ارتدت، فإنه يلزمها غرم بدل الصداق، ولايبطل البيع.

ولو اشترته به بعد الدخول صح.

ولو جوّزنا اذن المولى بشرط ثبوت المهر في ذمة العبد فاشترته به بطل العقد؛ لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته، فيخلو البيع عن العوض .

لأنا نقول: ليس بين صحة البيع وارتفاع النكاح وزوال الملك عن الصداق تخلل زمان، وإن كان هناك تقدّم اعتباري، بخلاف الصورة المذكورة في السؤال.هذا اذا اسقطنا جميع الصداق بشرائها إياه، ولو اسقطنا النصف خاصة، فإن البيع إنما يبطل في النصف فقط؛ لسقوط نصف الثمن.

و(عراء) في قول المصنف يقتضي عراء المبيع كأنه مصدر عرى عن كذا يعري عنه، والمنقول في مصدره عرى اما عراء ممدوداً أو مقصوراً فلم اقف عليه.

قوله: (ولو اشترته بعد الدخول صح).

أي: لو اشترت الزوجة العبد بنفس المهر المضمون بعد الدخول صح الشراء، وذلك لأن المهر استقر بالدخول، فلا يلزم من انفساخ النكاح سقوطه ليلزم عراء المبيع عن العوض.

ولا فرق في ذلك بين أن نقول بثبوت المهر في ذمة السيد بالعقد اذا وقع باذنه، وبين أن نقول بثبوته في ذمة العبد ثم يضمنه السيد؛ لأن الضمان لما كان ناقلاً عندنا لم يرد أن ذمة العبد تبرأ من الصداق بدخوله في الملك، حيث ان المولى لا يستحق براءة ذمة الضامن.

قوله: (ولو جوّزنا اذن المولى بشرط ثبوت المهر في ذمة العبد فاشترته بطل العقد؛ لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته، فيخلو البيع عن العوض).

يلوح من قوله: (ولو جوّزنا...)أنه لا يجوز ذلك، إلاّ أن قوله سابقاً: (وفي المهر اشكال) يقتضي تجويز ذلك.

ويمكن أن يعتذر له بأن المراد بالتجويز: الحكم بالجواز، وليس بلازم من الاشكال في المهر.

والولد رق إن كان أبواه كذلك، فإن كانا لمالك فالولد له، ولو كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان، إلّا أن يشترطه أحدهما أو يشترط الأكثر فيلزم،

اذا عرفت ذلك فمقصود المسألة إنّا اذا جوّزنا للمولى أن يأذن لعبده في النكاح بشرط أن يصرح للمرأة بكون المهر في ذمته، فنكح كذلك، ثم اشترته الزوجة بالمهر بعد الدخول بطل العقد، أي: البيع؛ لأن تملكها إياه يستلزم براءة ذمته، لامتناع أن يستحق المولى في ذمة مملوكه مالاً، لأنه وذمته ملك له فكيف يعقل أن يستحق على ماله مالاً؟! وحينئذٍ فيخلو البيع عن العوض فيبطل للزوم الدور.

ووجه جواز الاذن كذلك أن العبد يمكن ثبوت الدين في ذمته بدليل أنه يتبع بعوض المتلفات.

ووجه العدم أن ذمته مملوكة للسيد، فلايمكن شغلها بشيء من الديون،ولزوم عوض المتلفات للضرورة حذراً من ضياع الأموال لايقتضي أن يكون ذمته كذمة غيره يمكن شغلها بالديون اختياراً.

قوله: (والولد رق إن كان أبواه كذلك، فإن كانا لمالك فالولد له، ولو كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان، إلّا أن يشترطه أحدهما، أو يشترط الأكثر فيلزم).

لاخلاف في أن الولد إذا كان أبواه رقين يكون رقيقاً، فإن كانا لمالك واحد فالولد له لا محالة، وإن كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان؛ لأنه نماء ملكهما لامزية لأحدهما على الآخر.

وليس كذلك الولد في باقي الحيوانات، بل هو لمالك الام. والفرق بينها وبين الآدمي في ذلك وراء النص والاجماع ثبوت النسب المقتضي للتبعية، وسيأتي فيها بعد في الأخبار مما ينبّه على ذلك إن شاء الله تعالى.

ويتبع في الحرية أحد أبويه، إلاّ أن يشترط المولى رقيته فيلزم، ولا تسقط بالاسقاط بعده.

ولو شرط أحد المولين في عقد لازم كون الولد له، أو استحقاقه أزيد من النصف فيه صح الشرط ولزم؛ لأنه شرط لاينافي النكاح، وعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[١] يتناوله.

قوله: (ويتبع في الحرية أحد أبويه، إلاّ أن يشترط المولى رقيته فيلزم، ولايسقط بالاسقاط بعده).

هنا مسألتان:

الأولى: اذا كان أحد أبوي الولد حراً والآخر رقاً كان الولد حراً تبعاً للحر من الأبوين، سواء كان الحر الأب أو الام عند اكثر الأصحاب[٢]؛ لأن الأصل في الانسان الحرية، خرج منه ما اخرجه الدليل وكان موضع وفاق، فيبقى ما سواه على الأصل.

ولرواية جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام قال:«إذا تزوّج العبد الحرة فولده احرار، واذا تزوّج الحر الأمة فولده احرار»[٣].

ولحسنة ابن أبي عمير عن بعض اصحابنا عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوّج بأمة قوم، الولد مماليك أو احرار؟قال: «اذا كان أحد أبويه حراً فالولد احرار»[٤].

ولرواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: في مملوك تزوّج حرة قال:

---

(١) التهذيب ٣٧١:٧ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٢٣٢:٣ حديث ٨٣٥.

(٢)انظر: التنقيح الرائع ١٣٨:٣، المهذب ٢١٥:٢، اللمعة الدمشقية: ١٩٤.

(٣) الكافي ٤٩٢:٥ حديث ٣، التهذيب ٧: ٣٣٦ حديث ١٣٧٥، الاستبصار ٢٠٣:٣ حديث ٧٣٢.

(٤) الكافي ٤٩٣:٥ حديث ٧، الفقيه ٣: ٢٩١ حديث ١٣٨١، التهذيب ٣٣٦:٧ حديث ١٣٧٦، الاستبصار ٢٠٣:٣ حديث ٧٣٣.

«الولد للحر»، وفي حر تزوج مملوكة فقال: «الولد للأب»[1].

وقال ابن الجنيد: إن ولد المملوكة زوجة الحر، والمملوك زوج الحرة للسيد إلّا مع اشتراط حريتهم؛ لأنهم نماء مملوك فيتبعه، ولأن حق الآدمي يغلب اذا اجتمع مع حق الله تعالى[2].

ولرواية أبي بصير قال: «لو أن رجلاً دبّر جارية، ثم زوّجها من رجل فوطأها، كانت جاريته وولدها مدبرين كما لو أن رجلاً أتى قوماً فتزوّج اليهم مملوكتهم كان ما ولد له مماليك»[3].

والجواب: إنه نماء الحر أيضاً،وحق الحرية مقدّم فإنه اقوى،ولهذا كان العتق مبنياً على التغليب والسراية، والرواية مقطوعة فلا تعارض ما تقدّم، وحملها الأصحاب على ما اذا شرط المولى الرقية، وفيه نظر.

الثانية: إذا اشترط المولى رقية الولد حيث يكون أحد الأبوين حراً، فقد صرّح المصنف بصحة الشرط ولزومه. وهو اختيار الشيخين[4] وجماعة[5]، وتردد فيه المحقق ابن سعيد[6].

وجه الصحة: عموم قوله تعالى: ﴿اوفوا بالعقود﴾[7]، وعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[8]، ورواية أبي بصير السالفة، فإنها منزّلة على ذلك،

---

(١) التهذيب ٧:٣٣٦ حديث ١٣٧٧، الاستبصار ٣:٢٠٣ حديث ٧٣٤.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٦٨.

(٣) التهذيب ٧:٣٣٦ حديث ١٣٧٨، الاستبصار ٣:٢٠٣ حديث ٧٣٥.

(٤) المقنعة: ٧٧، النهاية: ٤٧٧.

(٥) انظر: الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤٩، المهذب ٢:٢١٥، اللمعة: ١٩٤.

(٦) المختصر النافع: ١٨٣.

(٧) المائدة: ١.

(٨) التهذيب ٧:٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣:٢٣٢ حديث ١٣٨.

ومو ردها وإن كان ما اذا كانت الام رقاً إلاّ أنه لا قائل بالفصل.

ووجه العدم: عموم الأخبار السالفة، فإن ترك الاستفصال في حكاية الحال مع الاحتمال للعموم، ولقول الصادق عليه السلام في رواية سماعة الآتية وقد سئل عن مملوكة تزوّجها حر بدعواها الحرية في الجواب: «ولايملك ولد حر»[1] ، وقد ضبطها المحققون بالتنوين دون الاضافة.

وجه الاستدلال بها: إن النكرة في سياق النفي للعموم، والمعنى: ولا يملك الولد المحكوم بحريته بحال.

فإن قيل: هذا محكوم برقيته.

قلنا: بل هو حر بدون الشرط، فلا يكون الشرط سبباً لرقيته بنص الحديث، ولأن الحرية بجعل الله تعالى فلا مدخل للشرط في تغييرها، كما لو شرط رقية ولد الحرين، ولأن الولد ليس ملكاً للحر من الأبوين ليصح اشتراطه للمولى.

وكما لايصح أن يشترط رقية من ولد حراً فكذا من سيولد حراً؛ لانتفاء السلطنة في الموضعين. ويؤيد نفي السلطنة أن الوالد لو اقر برقية ولده لم ينفذ هذا الاقرار على الولد، ولأن الولد نماء الأبوين، فنماء حر الأصل يجب أن يكون حراً بالأصالة، وحر الأصل يمتنع أن يجري عليه الرق بغير الشيء.

فإن قلنا بالأول لزم الشرط ولم يسقط بالاسقاط بعد العقد؛ لأنه من مقتضياته الثابتة، وإنما يسقط باسقاط ما في الذمة، والحق الضعيف الذي لايقتضي الملك كالتحجير.

وإن قلنا بالثاني فالشرط باطل لامحالة، وهل يبطل به العقد؟ يحتمل ذلك.

---

(١) التهذيب ٧: ٣٥٠ حديث ١٤٢٩، الاستبصار ٣: ٢١٧ حديث ٣٩٠.

ولو تزوّج الحر الأمة من غير اذن مالكها، ووطأ قبل الرضى عالماً بالتحريم فهو زان وعليه الحد، وفي المهر مع علمها اشكال ينشأ: من أنها زانية، ومن ملكية البضع للمولى.

ولايخفى أن دلائل الثاني اقوى، والأول هو المشهور بين الأصحاب.

قوله: (ولو تزوّج الحرُ من غير اذن مالكها ووطأ قبل الرضى عالماً بالتحريم فهو زانٍ وعليه الحد، وفي المهر مع علمها اشكال ينشأ: من أنها زانية، ومن ملكية البضع للمولى).

أي: لو تزوج الحر الأمة ـ بدليل السياق ـ بدون اذن مالكها، وهو عالم بكونها أمة، بدليل قوله: (عالماً بالتحريم) ثم وطأ قبل صدور الرضى من المولى عالماً بتحريم ذلك فهو زانٍ قطعاً؛ لصدق حد الزاني عليه، ويجب عليه الحد بحسب حاله.

وفي وجوب المهر إذا كانت هي أيضاً عالمة بالتحريم اشكال ينشأ: من أنها زانية، ولا مهر للزانية لقوله صلى الله عليه وآله: «لا مهر لبغي»[1]، والنفي للثبوت والاستحقاق، وهو للعموم لوقوع النكرة في سياق النفي. ومن أن البضع حق للمولى وملكه، فلا يؤثر علمها ورضاها في سقوط حقه.

ولقائل أن يقول: إن البضع وان كا ن حق المولى إلاّ أنه ليس على نهج الأموال، ليكون مطلق الانتفاع به موجباً للعوض، وإنما يستحق العوض به على وجه مخصوص، فإنه لو تراضى الواطئ والمولى على عوض الوطء من دون عقد شرعي لم يستحق شيئاً.

ولو قبّل أحد مملوكة الغير أو لمسها أو استمتع بها بما دون الوطء لم يكن له عوض مال، بخلاف ما لو استخدمها أي انواع الخدمة كان، والسر في ذلك أن في الوطء شائبة التعبد، فلا يباح إلاّ على الوجه المعيّن،ولايكفي فيه مطلق التراضي،

---

(١) صحيح البخاري ٩:٨٩، سنن البيهقي ٦:٦.

ولو كانت بكراً لزمه أرش البكارة.

ولا يستحق به العوض إلّا على النهج الذي عيّنه الشارع، وبدونه فليس إلّا العقوبة في الدنيا والعوض في الاخرى.

وما سواه فالأصل براءة الذمة منه، فيتمسك به من غير احتياج الى دليل آخر؛ لانتفاء المعارض، وحينئذٍ فلا يقدح ما قيل من أن الحديث لا يعم المملوكة؛ لأن اللام في قوله عليه السلام: «لبغي» يقتضي الملك، والمملوكة يمتنع في حقها الملك، على أن لقائل ان يقول: إنّ اللام فيه لام الاختصاص الناشيء عن المقابلة، فإن ذلك هو المراد من نظائره، مثل قولك: لا اجرة لهذا العبد، ولهذه الدار، ولهذه الدابة، وامثال ذلك مما لا يتناهى.

ثم ان الظاهر أن الحديث إنما ورد في البغايا من الإماء؛ لأن العادة كانت بينهم حمل الإماء على الزنا يبتغون بذلك العوض، وعلى هذا فالأصح عدم الوجوب.

ولو علمت التحريم هي وجهل هو فلا مهر؛ لما قلناه. ولو جهلت خاصة ثبت المهر؛ للشبهة. وكذا لو اكرهها؛ لقيام الشبهة ولهذايلحق بها الولد، والولد رق لمولاها في هذه الصورة؛ لأن للعاهر الحجر، وهذا كله اذا لم يجز المولى العقد.

أما إذااجازه وقلنا: إن الاجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه، فإن المهر المسمّى يلزم ويتحقق استقراره ويلحق به الولد؛ لأنه قد تبيّن كونها زوجة حين الوطء. وعلى هذا فلا حد؛ لانتفاء كونه زانياً إذ هي زوجة، غاية ما في الباب انه اقدم على محرّم فاستحق التعزير، ولعل الأصحاب إنما تركوا التعرض إلى هذا اعتماداً على ظهوره بتقدير مقدماته.

قوله: (ولو كانت بكراً لزمه أرش البكارة).

المراد: إن الأمة في الصورة السابقة لو كانت بكراً فاقتضها لزمه أرش بكارتها، وظاهر السياق أن لزومه لا ريب فيه، وهو الذي ينساق إليه النظر؛ لأن الاقتضاض أمر زائد على أصل الوطء، ولهذا نوجبه مع المهر إذا كانت جاهلة، وليس جزءاً من

ولو كان عبداً، فإن قلنا إنه أرش جناية تعلّق برقبته يباع فيه، وإن قلنا إنه مهر تبع به بعد العتق،

المهر وإنما هو عوض جناية.

إلّا أن تردد المصنف في حكم العبد يؤذن بتجويزه أن يكون مهراً، فيجيء فيه الاشكال من حيث انه لامهر لبغي، وهو في غاية البعد.

قوله: (ولو كان عبداً: فإن قلنا إنه أرش جناية تعلّق برقبته ويباع فيه، وإن قلنا إنه مهر تبع به بعد العتق).

أي: لو كان المتزوج في الصورة المذكورة بدل الحر عبداً، وكانت الأمة بكراً فاقتضها، ففي تعلّق عوض البكارة برقبته، أو ثبوته في ذمته يتبع به إذا اعتق وجهان، مبنيان على أن العوض أرش جناية أو مهر، كل منهما محتمل.

أما كونه أرش جناية؛ فلأن الاقتضاض تفريق اتصال في اللحم وجرح على الآدمي، وهذا معنى الجناية.

وأما كونه مهراً؛ فلأنه تابع للوطء، وقد جعل في جملة المهر لو وطأ حرة بكراً بشبهة، وإذا جاءت زوجة الكافر الينا مهاجرة رددنا عليه المهر كملاً من غير اسقاط عوض البكارة، والأظهر أنه أرش جناية.

ولايقدح الحكم في الحرائر؛ لأن المهر في مقابل الوطء خاصة، وهذه الجناية مباحة مأذون فيها؛ لتوقف الوطء المستحق عليها فلا عوض في مقابلها،والموطوءة بالشبهة بتمكينها سقط الأرش كما في الزانية.

ومن ثم لو أكره حرة بكراً على الوطء فاقتضها اتجه وجوب المهر والأرش معاً.

واعلم أن عدّ أرش البكارة مهراً يقتضي التردد في ثبوته على العبد ايضاً، إذ لا مهر لبغي، فكان حقه أن يقول: وإن قلنا إنه مهر احتمل سقوطه مع علمها، ويحتمل

والولد للمولى رق، ومع جهلها فله المهر قطعاً.

ولو وطأ جهلاً أو لشبهة فلا حد وعليه المهر، والولد حر وعليه قيمته لمولى الأم يوم سقط حياً.

أن يتبع به بعد العتق.

قوله: (والولد للمولى رق) .

المتبادر أن الحكم برقية الولد جاز في الصور السابقة جميعاً، فيشمل ما اذا تزوّجها العبد، ولكن سيأتي أنه اذا تزوّج المملوكان ولم يأذن واحد من الموليين يكون الولد لهما، وإن أذن أحدهما فالولد لمن لم يأذن، إلّا أن يقال: إن ذكر العبد عند ذكر أرش البكارة وقع استطراداً، وقوله: (والولد للمولى رق) مخصوص بمسألة الحر.

قوله: (ومع جهلها فله المهر قطعاً).

أي: مع جهل المملوكة في الصورة المذكورة يستحق مولاها المهر قطعاً؛ لأنه وطء شبهة من طرفها، والوطء المحترم لا يخلو من عوض، والواجب هو مهر المثل لا المسمّى قطعاً؛ لفساد النكاح.

قوله: (ولو وطأ جهلاً أو لشبهة فلا حد وعليه المهر والولد حر، وعليه قيمته لمولى الام يوم سقط حياً).

هذا عديل المسألة السابقة، فإنه قيّدها بكون العاقد الواطئ عالماً بالتحريم، وهذا بيان حكم الجاهل.

أي: لو وطأ العاقد في الصورة السابقة جهلًا، بأن كا ن لا يعلم أن وطء الأمة بغير اذن مولاها محرّم، أو بعلمه لكن وجد شبهة كأن وجدها على فراشه فظنّها زوجته أو أمته، ولم يدر أنها الأمة التي عقد عليها فلاحد عليه قطعاً؛ للشبهة الدارئة للحد، وعليه المهر إن كانت هي ايضاً جاهلة.

وإن كا نت عالمة ففي لزومه الاشكال السابق، والولد حر؛ لأنه نسب والأصل الحرية.

وكذا لو ادعت الحرية فعقد، ويلزمه المهر، وقيل العشر مع البكارة، ونصفه لا معها، فإن كان قد دفع المهر اليها استعاده، فإن تلف تبعها والولد رق وعليه فكه بقيمته يوم سقط حياً، وعلى المولى دفعه إليه.

فإن لم يكن له مال استسعى فيه، فإن امتنع قيل: يفديهم الامام من سهم الرقاب.

ولا فرق عندنا بين كون الزوج عربياً أو أعجمياً، ولاشك أن على الأب قيمته للمولى؛ لأنه نماء ملكه،وعليه أيضاً ضمان ما يحدث عليها بسبب الحمل والولادة. وإنما تعتبر القيمة وقت سقوطه حياً؛ لأنه وقت الحيلولة، ووقت افراده بالتقويم، ووقت الحكم عليه بالمالية لو كان رقاً، وقد دلت الرواية على ذلك، وسيأتي إن شاء تعالى.

ولا يخفى أن المهر الواجب هنا هو مهر المثل؛ لعلمه بعدم صحة العقد فلا يجب المسمّى.

قوله: (وكذا لو ادعت الحرية فعقد ويلزمه المهر، وقيل: العشر مع البكارة ونصفه لا معها[1]، فإن كان قد دفع المهر إليها استعاده، وإن تلف تبعها والولد رق وعليه فكه بقيمته يوم سقط حياً، وعلى المولى دفعه اليه.

فإن لم يكن له مال استسعى فيه، فإن امتنع قيل يفديهم الإمام من سهم الرقاب).

هذه صورة ثالثة لها، وتحقيقها: إن الأمة لو ادعت الحرية فعقد عليها النكاح، وهوشامل لما اذا كان لايعلم حالها وادعت كونها حرةالأصل،فيبني على الظاهر،ولما اذا كان يعلم أنها كانت مملوكة لكن ادعت تجدد الحرية، وفي جواز التعويل بمثل ذلك على مجرد قولها نظر، وقد تردد فيه شيخنا في شرح الارشاد.

---

(١) ذهب إليه ابن الجنيد، كما نقله عنه فخر المحققين في الايضاح ٣: ١٤٢.

. . . .

ولو انضم إلى خبرها قرائن تثمر ظناً قوياً لم يبعد الجواز حينئذٍ، وحكمها إنه اذا دخل بها لاحدّ؛ لانتفاء كونه زانياً، وعليه المهر عوض الوطء المحترم، وفي كونه المسمّى في العقد أو مهر المثل قولان، ووراؤهما قول ثالث وهو وجوب عشر قيمتها إن كانت بكراً و نصف العشر إن كان ثيباً.

والأول مختار المصنف وجماعة[1]؛ لأن العقد صحيح ظاهراً، فيثبت ما تضمنه. وفيه نظر؛ لأن الفرض وقوعه بغير رضى السيد، ولاأثر لكونه صحيحاً ظاهراً؛ لأنها حرة ظاهراً اذا ثبت رقها بالحجة الشرعية. نعم لو أجاز السيد العقد اتجه ذلك، لاسيا اذا قلنا: إن الاجازة تكشف عن صحة العقد من حين وقوعه.

والقول الثاني مختار الشيخ في المبسوط[2]، ونقله الشارح الفاضل عن ابن حمزة[3]، ورده شيخنا في شرح الارشاد. ووجهه: إن العقد فاسد لظهور الرقية وعدم اذن المولى، وقد حصل الوطء المحترم فوجب مهر المثل، وهو واضح السبيل اذا لم يجز المولى. وقد سبق نظيرهُ في آخر الرضاع، وعلى هذا فيجب ارش البكارة لو كانت بكراً، وأرش النقص بالولادة إن حصل لها نقص.

والقول الثالث مختار الشيخ في النهاية[4]، وابن البراج[5]، ومستنده ما رواه الوليد بن صبيح عن أبي عبدالله عليه السلام: في رجل تزوّج امرأة حرة فوجدها أمة دلست نفسها له، قا ل: «إن كان الذي زوّجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد» إلى أن قال عليه السلام: «ولمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن كانت غير

(١) انظر: الايضاح ٣:١٤٢، التنقيح الرائع ٣:١٤١.

(٢) المبسوط ٤:١٨٩.

(٣) الوسيلة: ٣٥٨، ايضاح الفوائد ٣:١٤٢.

(٤) النهاية: ٤٧٧.

(٥) المهذب ٢:٢١٧.

بكر فنصف عشر قيمتها»[1]. ويمكن تنزيلها على أن العشر ونصف العشر في المسؤول عنها مطابق لمهر المثل، فيكون حينئذٍ حجة للقول الثاني. وهنا أحكام يتم البحث بها:

الأول: لو دفع الزوج المهر المسمّى إليها فعلى ما اخترناه يستعيده؛ لأن المهر باقٍ على ملكه، وإن تلف كان في ذمتها يتبعها به إذا اعتقت، وكذا على القول الثالث. أما على القول بلزوم المسمّى فلأنه مضمون عليه إلى أن يصل الى السيد أو وكيله، فإن تلف قبل ذلك غرم للسيد بدله، ويتبعها بالتالف اذا اعتقت وأيسرت.

وقول المصنف: (فإن كان قد دفع المهر...) في حيز قوله: (وقيل)، وليس مختاره، وقد صرّح بفتواه قبل القول حيث قال: (ويلزم المهر)، فإن المتبادر منه المسمّى وإن كان السياق يقتضي وجوب المهر المذكور في الصور السابقة، وذلك مهر المثل.

إلّا أن الشارح الفاضل[2]، وشيخنا في شرح الارشاد صرحا بأن مراد المصنف بالمهر في هذه المسألة المسمّى وفي التي قبلها مهر المثل.ولا ريب أن قوله: (فإن كا ن قد دفع المهر اليها استعاده) يتخرج على قول المصنف أيضاً، إلّا أن ما بعده لايتخرج، فلذلك جعل كلامه في حيّز (قيل) .

الثاني: الولد حر، لأنه نسب لاحق للأب فيتبعه في الحرية، وقد صرح بحريته في الرواية السابقة ايضاً.

وقال الشيخ في النهاية[3]، وابن البراج[4]: إن الولد رق وعلى الأب فكه بقيمته يوم سقط حياً، وعلى المولى دفعه إليه، ومع اعساره يستسعى في القيمة، فإن امتنع فداهم الامام من سهم الرقاب.

---

(١) الكافي ٥: ٤٠٤ حديث ١، التهذيب ٧: ٣٤٩ حديث ١٤٢٦، الاستبصار ٣: ٢١٦ حديث ٧٨٧.

(٢) ايضاح الفوائد ٣: ١٤٢.

(٣) النهاية: ٤٧٧.

(٤) المهذب ٢: ٤٧٦.

. . . .

ومستنده ما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام: في مملوكة أتت قوماً وزعمت أنها حرة،فتزوجها رجل منهم فاولدها ولداً، ثم انه أتاهم مولاها فأقام عندهم البينة أنها مملوكته وأقرت الجارية بذلك، فقال: «تدفع إلى مولاها هي وولدها، وعلى مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير اليه».

قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به قال: «يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده».

قلت: فإن أبى الأب أن يسعى في ثمن ابنه، فقال: «فعلى الإمام أن يفديه ولا يملك ولد حر»[1].

وقد نص جماعة منهم ابن ادريس على وجوب قراءة حر بالرفع والتنوين على أنه صفة لولد، وقالوا: إن قراءته بالجر وهم[2].

وانكر ابن ادريس فك الإمام الولد من سهم الرقاب؛ لأنه ولد حر على ما صرّح به في الرواية، فكيف يشتري من سهم الرقاب، وهو كلام وجيه، وليس في الرواية ما ينافيه.

وانكر المصنف في المختلف الاستسعاء ووجوب الأخذ من بيت المال[3]، وهو صحيح في موضعه؛ لأنه دين يجب الانتظار به إلى اليسار، ولا يجب أداؤه من بيت المال، نعم يجوز؛ لأنه من المصالح، وحمل الأمر بالسعي الوارد في الرواية على الاستحباب بعد الطعن في سندها.

وردّ انكار ابن ادريس بأن المدفوع الى المولى عوض عن رقبة من شأنها أن تقوم وتزال يد المولى عنها، فدخلت تحت قوله تعالى: ﴿وفي الرقاب﴾.

---

(١) التهذيب ٧: ٣٥٠ حديث ١٤٢٩، الاستبصار ٣: ٢١٧ حديث ٧٩٠.

(٢) السرائر: ٣٠٥.

(٣) المختلف: ٥٦٦.

ولـو تزوج العبد بحرة من دون اذن، فلامهر ولا نفقة مع علمها بالتحريم واولادها رق، ومع الجهل فالولد حر ولا قيمة عليها ، ويتبع العبد

ويمكن المناقشة بأن المدفوع ليس عوض الرقبة، إذ الحر لا عوض له، بل هو عوض ما فات على المولى من نماء الجارية، والطريق إلى معرفته هو تقويم هذا الولد، فلا تتناوله هذه الآية.

واعلم أن قول المصنف: (والولد رق...) من تتمة القول المحكي وليس فتوى المصنف، ومن توهم كونه فتوى له فقد غلط، فإنه قد صرح فيها اذا وطأ شبهة يكون الولد حراً، ولا ينحط هذا عن الوطء بشبهة، نعم قوله بعد : (فإن امتنع قيل) يؤكد هذا الوهم، فإن استئناف حكاية القول لا وجه له إذا كان ما قبله محكياً؛ لأن جميع ذلك قول واحد.

الثـالثة: لم يذكر المصنف هنا حكم الرجوع بالمهر على من دلّسها وحكمه الرجوع به على المدلّس، فإن كانت هي المدلسة لنفسها تبعت به اذا اعتقت؛ لأن المغرور يرجع على من غره.

وستأتي أحكام ذلك كلها في التدليس إن شاء الله تعالى.

الرابعة: لو شهد شاهدان بحريتها فتزوجها ثم رجعا لم يلتفت إلى رجوعهما، وضمنا لمولاها قيمة الجارية والولد والمهر، وإن ثبت تزويرهما نقض الحكم، وكان الولد حراً وعلى الأب قيمته يوم سقط حياً.

والذي يقتضيه صحيح النظر أن الواجب في الصورة الثانية مهر المثل وفي الأُولى المسمّى، ويرجع الـزوج على الشاهدين بما اغترمه في الثانية، وفي الأُولى يضمنان للمولى على ما سبق. وهل يطرد هنا القولان؛ لوجوب استسعاء الأب لو كان فقيراً الى اخره؟ فيه احتمال، والأوجه قصره على مورد الرواية؛ لأنه مخالف للأصل.

قوله: (ولو تزوج العبد بحرة من دون اذن فلا مهر ولا نفقة مع علمها بالتحريم، واولادها رق. ومع الجهل فالولد حر ولا قيمة عليها، ويتبع العبد

بالمهر بعد عتقه.

بالمهر بعد عتقه).

ما سبق هو حكم تزوج الحر بالأمة، وهذا حكم العكس، وتحقيقه انه إذا تزوج العبد بحرة من دون اذن مولاه، فإما أن تكون عالمة بأنه رق أو لا، وعلى تقدير علمها بالرقية فإما أن تكون عالمة بالتحريم أو لا.

فإن علمت بالتحريم والرق فلا مهر ولا نفقة لها؛ لأنها قد ضيّعت حقها بعلمها بحاله. وقد روى السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: أيما امرأة حرة زوجت نفسها عبداً بغير اذن مواليه فقد اباحت فرجها ولا صداق لها»[1]. ولاحدّ عليها في هذه الحالة عند الجماعة مع أنها زانية، فإن حد الزنا صادق عليه، والعقد بمجرده لايعد شبهة.

وقد فرّق بين هذه، وبين ما اذا تزوّج الحر أمة عالماً بالتحريم، بأن المرأة لضعف عقلها وعدم مخالطتها أهل الشرع يكفي العقد في الشبهة بالنسبة اليها، وقد ينقض بالعقد الفاسد على الحرة اذا علمت فساده ثم مكنته من نفسها.

وقد يمكن الفرق بأن هذا العقد فضولي موقوف على الاجازة، فلا يبعد عدّه شبهة بالنسبة إلى المرأة؛ لضعف عقلها دون الرجل.والولد في هذه الحالة رق للمولى؛ لأنه لعدم لحاقه بها لامقتضى لحريته، وهو نماء العبد، ورواية العلاء بن رزين عن أبي عبدالله عليه السلام دليل على ذلك[2].

ولو جهلت بالتحريم اما لجهلها بالرق أو لجهلها بالحكم فالولد حر؛ لأنه لاحق بها فيتبعها في الحرية، ورواية العلاء بكون الولد رقاً منزلة على ما اذا علمت بالتحريم؛ جمعاً بينها وبين دلائل حرية الولد اذا كان أحد أبويه حراً.

---

(١) الكافي ٥:٤٧٩ حديث ٧، التهذيب ٧:٣٥٢ حديث ١٤٣٥.

(٢) التهذيب ٧:٣٥٢ حديث ١٤٣٧.

ولو تزوج بأمة، فإن أذن الموليان أو لم يأذنا فالولد لهما.

ولو أذن احدهما فالولد لمن لم يأذن خاصة.

ولو اشترك أحدهما بين اثنين، فأذن مولى المختص وأحدهما فاشكال.

ولا قيمة على الام قطعاً، والفرق بينها وبين الأب ورود النص ثَم وانتفاؤه هنا فيتمسك بأصالة البراءة؛ ولأن الأب سبب فاعل بالنسبة إلى الولد فهو المباشر والام قابل، ومتى اجتمع المباشر وغيره في الاتلاف فالضمان إنما هو على المباشر.

ولما امتنع أن يثبت للسيد على مملوكه مال امتنع استحقاق القيمة هنا، وأما المهر فلا يثبت في ذمة العبد؛ لأن الوطء المحترم لا يخلو من مهر فيتبعه به اذا اعتق.

وهل لها نفقة؟ لم اقف في كلامهم على شيء أصلاً، ثم هذا المهر هل المسمّى، أم مهر المثل؟ العبارة خالية من بيان ذلك.

والذي ينبغي تحصيله هنا هو أن السيد إما أن يجيز نكاح العبد أو لا، فإن لم يجزه فالحكم ما ذكرناه ولا نفقة؛ لأنها تابعة للتمكين من النكاح، وهو منتف هنا. والمهر الذي يجب مع جهلها هو مهر المثل لامحالة، وإن أجاز النكاح فعلى القول بالصحة يجب المسمىٰ على ما سبق ذكره.

ومثله النفقة بعد الاجازة اذا كانت ممكنة، أما قبلها ففي وجوبها في ذمته يتبع بها اذا اعتق وجه؛ لأنها حينئذٍ كانت زوجة في الواقع، وقد حصل التمكين المعتبر ظاهراً، وهذا واضح على القول بأن الاجازة كاشفة.

قوله: (ولو تزوج بأمة، فإن أذن المو ليان أو لم يأذنا فالولد لهما، ولو اذن احدهما فالولد لمن لم يأذن خاصة، ولو اشترك احدهما بين اثنين فأذن مولى المختص وأحدهما فاشكال).

قد سبق أنـه اذا تزوّج المملوك بأمـة غير مولاه فإن الولد للموليين معاً

بالسوية، وتقرر بين الأصحاب أن ذلك اذا اذنا في النكاح معاً أو لم يأذن واحد منهما.

فأما إذا أذن أحد المولين ولم يأذن الآخر فإن الولد لمن لم يأذن خاصة. وقد يستدل له وراء النص ـ فإنه قد ذكره بعض الأصحاب وإن لم نقف عليه ـ بأن من اطلق الاذن لمملوكه في التزويج قد اقدم على فوات الولد منه، فإنه قد يتزوج بمن ليس برقيق فينعقد الولد حراً، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة.

أما اذا استويا في الاذن وعدمه فلاأولوية لأحدهما على الآخر، ولايخفى أن هذا اذا لم يجز العقد الذي لم يأذن، أو اجازه وقلنا: إن الاجازة جزء السبب، ولو قلنا: إنها كاشفة يلزم القول بكون الولد لهما.

فعلى هذا لو اشترك أحدهما بين اثنين، فأذن مولى المختص وأحد المشتركين دون الآخر، ففي اختصاص مَن لم يأذن به منهما اشكال ينشأ: من اطلاق قولهم: إن الولد لمن لم يأذن من المولين خاصة، فإن مقتضاه اختصاص من لم يأذن من المشتركين بالولد؛ لوجود المقتضي للملك في حقه و انتفائه عمن سواه.

ومن أن النماء يجب أن يكون تابعاً للأصل، خرج منه ما اخرجه دليل، وهو هنا ورود النص واطباقهم على اختصاص من لم يأذن، حيث يكون العبد لمالك واحد، وكذا الأمة، فيبقى ما عداه على الأصل. فعلى الثاني هل يكون للجميع أجراً بهذه الصورة على الأصل، أم للمشتركين خاصة؛ لأن النص واطلاق الأصحاب لايتناولها؟ كل محتمل.

وقدأورد على هذاما إذاتعددكل من مولى العبد ومولى الأمة، وأذن أحد الفريقين دون الآخر، فإن الحكم باشتراك الجميع هنا، لعدم القطع بأن مرادهم بذلك ما إذا اتحد المـوليان، واستبعاد الاختلاف في الحكم مع انتفاء الفرق لايخلو من شيء، والحكم بانفراد من لم يأذن مع التعدد يستلزم شمول المتحد والمتعدد، فيلزم اختصاص من لم يأذن في صورة النزاع، وللتوقف في ذلك كله مجال.

ولو زنا العبد بأمة غير مولاه فالولد لمولى الأمة، ولو زنا بحرة فالولد حر.

ولو زوّج عبده أمته، ففي اشتراط قبول المولى أو العبد اشكال منشؤه: من أنه عقد أو اباحة،

قوله: (ولو زنا العبد بأمة غير مولاه فالولد لمولى الأمة، ولو زنا بحرة فالولد حر).

المراد إنه اذا زنا العبد فحصل الولد من دون أن يكون ثمّ عقد نكاح، ووجه كون الولد لمولى الأمة أن الزاني لا ماء له فلا ولد له، ولما كان الولد كالجزء من الاُم وجب أن يكون لمولاها، ووجه كونه حراً فيما اذا زنا بحرة لما قلنا من أن الزاني لا ولد له.

والأصل في الولد الحرية؛ لأن الأصل في كل انسان ذلك، والرقية إنما تثبت بأمر طارئ، وهو منتف هنا.

فإن قيل: الولد نماء الأب فيكون لمولاه.

قلنا: هو ايضاً نماء الام الحرة فيجب أن لايكون عليه سلطان.

والحاصل أنه مع النكاح في الولد التفصيل السابق، وفي السفاح ما ذكر هاهنا، ولا بعد في اختلاف الحكم باختلاف السبب، والظاهر أن هذا لا خلاف فيه بين الأصحاب.

قوله: (ولو زوّج عبده أمته ففي اشتراط قبول المولى أو العبد اشكال، ينشأ من أنه عقد أو اباحة).

لا ريب أن انكاح السيد العبد من أمته يستدعي صيغة من طرف السيد هي صورة ايجاب، لكن هل يشترط القبول إما من المولى أو من العبد؟ فيه قولان للأصحاب واشكال عند المصنف ينشأ: من احتمال كونه عقداً، والعقد إنما يتحقق

بالايجاب والقبول. ومن احتمال كونه اباحة، فيكفي فيه الايجاب من السيد، كما في كل اباحة. ووجه الأول صحيحة العلاء عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: «يجزيه أن يقول: قد انكحتك فلانة. ويعطيها ما شاء من قبله أو قبل مولاه، ولابد من طعام أو دراهم ونحو ذلك»[1].

وجه الاستدلال به أنه عليه السلام سمّاه نكاحاً والنكاح هو العقد، وأمر باعطاء شيء، ولايجب المهر إلاّ في العقد دون الاباحة.

فإن قيل: (قد) إنما تدخل على الأفعال، وصيغ العقود انشاءات.

قلنا: لا يمتنع دخولها على لفظ الانشاء من حيث انه صورة الفعل، ولا شك أنه إن امتنع دخولها على العقد امتنع دخولها على الاباحة لاشتراكهما في الانشاء.

فإن قيل: على تقدير كونه عقداً لايجزئ: انكحتك، وقد حكم عليه السلام باجزائه فلا يكون عقداً.

قلنا: المسؤول عنه هو انكاح السيد، وهو ما يكون معتبراً من جانبه. أما القبول فليس بمسؤول عنه، فإنه يجوز وقوعه من جانب العبد، وتسمية هذا نكاحاً يستلزم اعتبار القبول، فيكون ذلك كافياً في الدلالة عنه.

وكذا رواية علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام الماضي إنه سئل عن المملوك أيحل له أن يطأ الأمة من غير تزويج اذا احل له مولاه قال: «لايحل له»[2]. وجه الاستدلال به أنه عليه السلام نفى حل الوطء بالتحليل من دون التزويج، فانحصر الحل في العقد؛ لأنه لا واسطة في حل الفرج بين العقد والملك.

ووجه الثاني صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن قول الله تعالى: ﴿والمحصنات من النساء إلاّ ما ملكت ايمانكم﴾ قال: «هو أن يأمر

---

(١) الفقيه ٣:٢٨٥ حديث ١٣٥٤.

(٢) التهذيب ٧:٢٤٤ حديث ١٠٦٢، الاستبصار ٣:١٣٧ حديث ٤٩٥.

الرجل عبده وتحته أمته فيقول له: اعتزل امرأتك ولا تقربها، ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسها»[١].

وجه الاستدلال به أنه عليه السلام جعل رفع هذا الحل بيد المولى، فلو كا ن نكاحاً لكان رفعه بيد الزوج؛ لأن رافع العقد اما الطلاق، أو الموت، أو تجدد ملة أو نحلة أو الفسخ بتجدد الملك أو العتق، أوبالعيب أو التدليس بالاستقراء، وما عدا الأول معلوم الانتفاء هنا.

وكذا الأول؛ لأن الطلاق لا يكون إلّا بيد الزوج؛ لقوله عليه السلام: «الطلاق بيد من اخذ بالساق»[٢]، ولأن الأمر بالاعتزال لايعد طلاقاً قطعاً.

ولقائل أن يقول: إنّ انحصار رافع النكاح فيما ذكر لا دليل عليه إلّا الاستقراء وليس حجة، ولم لا يجوز أن يكون هذا الأمر بالاعتزال ضرباً من الفسخ للنكاح، جعله الشارع بيد السيد ارتفاقاً بحاله، ولا وجه للتوقف فيه بعد ورود النص الصحيح الصريح به. هذا مع أن المتبادر من (المحصنات) في قوله تعالى: ﴿والمحصنات من النساء﴾ المزوجات، فتكون الآية حجة على كونه عقداً من هذا الوجه.

والأول أوجه، وهو قول المفيد[٣]، والشيخ[٤]، وجماعة[٥]، والثاني قول ابن ادريس[٦].

واعلم أن اعتبار القبول على كل من التقديرين أولى؛ لأن الأمر في الفروج

---

(١) النساء: ٢٤، الكافي ٥: ٤٨١ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٦ حديث ١٤١٧.

(٢) سنن ابن ماجة ١: ٦٧٢ حديث ٢٠٨١، سنن البيهقي ٧: ٣٦٠.

(٣) المقنعة: ٧٨.

(٤) النهاية: ٤٧٨.

(٥) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٩٧، وابن البراج في المهذب ٢: ٢١٨.

(٦) السرائر: ٣٠٦.

وفي وجوب اعطائها من مال المولى شيئاً خلاف.

مبني على الاحتياط التام، وسيأتي أن التحليل تمليك للمنفعة، والتمليك لايكون إلّا بالقبول.

قوله: (وفي وجوب اعطائها شيئاً من مال المولى خلاف).

ذهب الشيخـان[1]، وأبو الصلاح[2]، وابن البراج[3]، وابن ادريس[4]، وابن حمزة[5] إلى وجوب الاعطاء؛ عملاً برواية محمد بن مسلم السابقة[6]، وهي وإن تضمنت اعطاءها شيئاً من قبل العبد أو المولى، إلّا أن الذي يعطيه العبد ملك المولى، فإن الـذي يكـون من قبل العبد إنما يكون من كسبه، وحينئذٍ فعلى التقديرين يكون الاعطاء من مال المولى.

وذهب المصنف[7]، وجمع من المتأخرين إلى عدم الوجوب؛ لأن مهر المملوكة إذا وجب استحقه المولى، إذ هو عوض البضع المملوك له واستحقاقه على نفسه غير معقول.

لايقال: لايمتنع كون المهر للمملوكة، واستحقاق المملوك على سيده في الجملة غير ممتنع، فإنه يستحق عليه النفقة وما جرى مجراها كالكفن، وقد وردت الرواية بذلك فيجري على ظاهرها.

لأنا نقول: أما النفقة وما جرى مجراها فإنها ليست عوضاً عن شيء، وإنما هي من توابع المالية التي لابد منه، بخلاف المهر الذي هو عوض البضع المملوك للمولى، فإنه

---

(١) المقنعة: ٧٨، النهاية: ٤٧٨.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٧.

(٣) المهذب ٢: ٢١٨.

(٤) السرائر: ٣٠٦.

(٥) الوسيلة: ٣٦٠.

(٦) الفقيه ٣: ٢٨٥ حديث ١٣٥٤.

(٧) المختلف: ٥٦٧.

ولو اعتقا فأجازت قبل الدخول أو بعده مع التسمية وعدمها فإشكال.

يستحيل كون العوض لغير مالك المعوض ، وتحمل الرواية على الاستحباب المؤكد لما فيه من جبر قلبها ورفع منزلة العبد عندها، وهذا اقوى، ويليه على الاستحباب الأمر باعطاء درهم أو طعام، إذ لو وجب لكان الواجب إما المسمى أو مهر المثل بالدخول، وهو خلاف المنصوص .

فإن قيل: فيلزم خلو النكاح عن المهر في العقد والدخول معاً.

قلنا: لما امتنع ثبوته هنا لم يكن عدم وجوبه محذوراً، وليس ذلك بأعجب من الجناية فإنها توجب الأرش، إلّا إذا جنى العبد على سيده فلا شيء وإن عتق، وكذا اتلاف المال موجب للضمان إلّا هنا.

اذا تقرر ذلك فاعلم أن الشارح الفاضل ولد المصنف بنى القول بالوجوب على مقدمات آثار التكلف ظاهرة عليها، وزعم أنه متى منعت احداها لا يتم الوجوب[1]، وليس كما قال؛ لأن منها أن المملوك لايملك على المولى شيئاً، ولو منعت هذه لم يمتنع القول بالوجوب، بل كان القول به حينئذٍ اظهر.

ثم ارجع إلى عبارة الكتاب واعلم أن المصنف تردد في كون تزويج السيد عبده أمته عقداً أو اباحة، ثم ذكر الخلاف في وجوب اعطائها شيئاً، ولا شك أن الوجوب لايأتي على كل من القولين، بل إنما هو على القول بكونه عقداً، إذ لاخفاء في عدم الوجوب على تقدير كونه اباحة، فكان الأحسن أن يقول: فعلى القول بكونه عقداً فهل يجب اعطاؤها إلى آخره.

قوله: (ولو اعتقا فأجازت قبل الدخول أو بعده مع التسمية وعدمها فاشكال).

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ١٤٦.

. . . .

هذه المسائل من أحكام تزويج السيد عبده من أمته، وتحريرها: إنه اذا تجدد عتقها بعد التزويج تخيّرت في ابقاء النكاح وفسخه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

فإن اختارت الفسخ فلا بحث، وإن اختارت الاجازة فإما أن يكون العتق قبل الدخول أو بعده، وعلى التقديرين فإما أن يكون قد سمّى لها مهراً في العقد أو لا، فهذه احوال أربعة.

وفي حكمها بالنسبة الى بقاء النكاح وثبوت المهر اشكال، هذا هو الظاهر من العبارة، فإنه ذكر الخلاف في كون هذا التزويج عقداً أو اباحة، ثم ذكر الخلاف في وجوب المهر وعدمه، ولم يذكر متعلق الاشكال فيناسب عوده إلى جميع ما ذكره، ويمكن تعلقه بالمهر خاصة لقربه، وتحقيقها في مباحث:

الأول: اذا اعتقا قبل الدخول مع التسمية وأجازت، ومنشأ الاشكال في بقاء النكاح:من كونه عقداً،وقد اجازته بعد العتق فيبقى.ومن أنه اباحة تابعة للملك فيزول بزواله،ومنشؤه في المهر قريب من ذلك،فإنه على القول بكونه اباحة لامقتضى للمهر والتسمية لاغية.

وعلى القول بكونه عقداً يحتمل العدم؛ لامتناع ثبوته، لاستلزام المحال، وهو ثبوته للسيد على نفسه فتلغو التسمية.

ويحتمل الثبوت، إما بناء على القول بوجوبه على السيد للأمة بالعقد، أو اجراء هذا العقد بالنسبة إلى المهر مجرى العقد الفضولي اذا منعنا من وجوبه على السيد، لكن الوجوب على الزوج لامحالة.

ويحتمل وجوب مهر المثل إلغاءً للتسمية، فبالدخول يجب مهر المثل على الزوج.

الثاني: الصورة بحالها ولم يسمّ مهراً، والحال في بقاء النكاح كما سبق.وأما الاشكال في المهر فمنشاؤه من أنه لم يجب في الابتداء فلا يجب بعد ذلك، وقد استحق

الـزوج البضـع بغـير عوض فلا يجب عليه المعوض بعد.ومن أنها كمفوضة البضع لاشتراكها في اخلاء العقد عن ذكر المهر، وقد ملكت بضعها قبل الدخول فيجب لها مهر المثل بالدخول على الزوج؛ لأن موجب المهر إنما يتحقق بعد العتق، وإن طلق وجب المتعة، وإن مات أحدهما قبل الدخول فلا شيء.

الثالث: أن يكون العتق بعد الدخول مع التسمية، فأما النكاح فعلى ما سبق، وأما المهر فمنشأ الاشكال فيه من تكافؤ الاحتمالات، فإنه على القول بكونه اباحة تلغو التسمية.

وعلى القول بكونه عقداً يحتمل عدم وجوب شيء، لأنها اذا لم يجب لها شيء بالعقد والدخول لايجب لها شيء بعد ذلك، ولأن المهر لو وجب لوجب للسيد، وهو ممتنع هنا.

ويحتمـل الوجوب؛ لأن النكاح الصحيح والوطء المحترم يمتنع خلوهما من المهر، وقد ورد في الأخبار الأمر باعطائها شيئاً، وأما الذي يجب أهو المسمى أم مهر المثل؟ فيه اشكال ينشأ: من وقوع العقد صحيحاً، وقد تضمن التسمية فيستصحب حكمها. ومن أن التسمية على القول بالغائها لاحكم لها، فيجب مع الدخول مهر المثل على السيد؛ لأن ذلك عوض الوطء المحترم، هذا اذا لم يكن قد اعطاها شيئاً.

أما مع الاعطاء فالمناسب أن لايجب غيره، ولا يخفى أن بعض هذه المقدمات في موضع المنع.

الرابع: الصورة بحالها لكن لاتسمية هنا، والاشكال هنا في بقاء النكاح، وفي ثبوت مهر المثل على السيد وعدمه. هذا تحرير المسألة، وأما تحقيقها فإن اكثر دلائل هذه المسألة مدخولة والمتجه عدم وجوب شيء إلاّ اذا حصل العتق قبل الدخول، فإنه يحتمل وجوب مهر المثل على الزوج، ويحتمل على التسمية وجوب المسمّى اما على السيد أو على الزوج.

ولو مات كان للورثة الفسخ لا للأمة.

ولو تزوج العبد بمملوكة، فأذن له مولاه في شرائها، فإن اشتراها لمولاه، أو لنفسه بإذنه، أو ملّكه إياها بعد الابتياع وقلنا إنه لا يملك فالعقد باق، وإلّا بطل اذا ملكها.

قوله: (ولو مات كان للورثة الفسخ لا للأمة).

أي: لو مات مولى العبد والأمة المبحوث عنها وهما على الرقية كان للورثة فسخ النكاح كما كان للمورث؛ لأنهما ملك للورثة، ولايثبت الفسخ للأمة؛ لانتفاء المقتضى له في حقها.

قوله: (ولو تزوّج العبد بمملوكة فأذن له مولاه في شرائها، فإن اشتراها لمولاه أو لنفسه بالاذن، أو ملّكه إياها بعد الابتياع، وقلنا إنه لايملك فالعقد باق، وإلّا بطل اذا ملكها).

أي: لو تزوج العبد بمملوكة لغير مولاه، فأذن له مولاه في شرائها، إما للمولى أو لنفسه، فإن اشتراها لمولاه فالنكاح باق؛ لأن انتقال المملوك من مالك إلى آخر لا يقتضي فسخ النكاح، لكن للمولى الفسخ متى اراد، كما لو زوّج أمته عبده ابتداء، وفي رواية محمد بن مسلم السابقة ما يدل على ذلك.

ولو اشتراها لنفسه بالاذن، فإن قلنا: إن العبد لايملك فالنكاح بحاله والشراء باطل، ولو قلنا: إنه يملك صح الشراء وبطل النكاح؛ لدخولها في ملكه وقد سبق أنه إذا طرأ الملك على النكاح انفسخ النكاح.وكذا لو ملّكه إياها بعد ابتياعها له، ولو اشترى لنفسه بغير اذن وقف على اجازة المولى، فإن لم يجزه بقي النكاح.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (أو لنفسه بالاذن) يريد به أن المولى أذن له في شرائها لنفسه، ولا يغني عن ذلك قوله: (فأذن له مولاه في شرائها)؛ لأن الاذن في الشراء في الجملة لايقتضي الاذن في الشراء لنفسه.

وقوله:(وإلّا بطل) معناه: وإن قلنا إن العبد يملك بطل العقد اذا اشتراها

ولو تحرر بعضه واشترى زوجته بطل العقد وإن كان بمال مشترك.

ولو اشترى الحر حصة أحد الشريكين بطل العقد وحرم وطؤها، فإن أجاز الشريك النكاح بعد البيع ففي الجواز خلاف، وكذا لو حللها،

لنفسه بالاذن له في ذلك، أو ملّكه إياها بعد الابتياع له.

وفائدة قوله: (اذا ملكها) أن قوله: (فالعقد باق) وقع جواباً عن ثلاث مسائل، فلو اقتصر على قوله: (وإلاّ بطل) لاقتضى ثبوت البطلان في المسائل الثلاث، اذا قلنا إن العبد يملك، وليس كذلك؛ لأن شراءها إياه لمولاه لاينافي النكاح على حال، إذ المنافي دخولها في ملكه على ما قررناه.

قوله: (ولو تحرر بعضه واشترى زوجته بطل العقد وإن كان بمال مشترك).

لاريب أنه اذا تحرر بعض المملوك جرت على ذلك البعض أحكام الحرية، من حصول المملك وتوابعه من البيع والشراء والتملك والتمليك.

فإذا اشترى هذا زوجته المملوكة بمال اكتسبه ببعضه الحر واختص بملكه ملكها لامحالة، وانفسخ النكاح بدخولها في ملكه.

وإن اشتراها بمال مشترك بينه وبين المولى كالحاصل بكسبه كله، فإن يملك منها بقدر نصيب الحرية؛ لأن الشراء إنما ينفذ في قدر نصيبه من الثمن، وينفسخ النكاح ايضاً؛ لأن ملك البعض يقتضي فسخه بالنسبة إليه، وحينئذٍ فينفسخ كله؛ لأن النكاح لايجامع الملك أصلاً ولا يتبعض؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿إلاّ على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم﴾[1].

قوله: (ولو اشترى الحر حصة أحد الشريكين بطل العقد وحرم وطؤها، فإن اجاز الشريك النكاح بعد البيع ففي الجواز خلاف، وكذا لو حللها).

---

(١) المؤمنون: ٦.

تحرير المسألة: إنه اذا عقد الحر نكاحاً على أمة مشتركة بين اثنين، حيث يجوز له العقد على الأمة، ثم اشترى حصة أحد الشريكين انفسخ النكاح؛ لما اسلفناه غير مرة، وحينئذٍ فيحرم الوطء؛ لاستلزامه التصرف في مال الشريك، وما الذي تحل به حينئذٍ؟ اختلف الأصحاب على أربعة اقوال:

الأول: إنه لاطريق إلى حلها إلّا ملك جميعها؛ لأن أمر الفروج مبني على الاحتياط التام فلا يتعدى سبب الحل، وقد حصر سبحانه وتعالى السبب في شيئين العقد والملك في قوله تعالى:﴿والذين هم لفروجهم حافظون * إلّا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم﴾[1] والتفصيل قاطع للشركة فلايكون الملفق منها سبباً وللاجماع على ذلك.

فإن قيل: لا دلالة في الآية على المطلوب؛ لاحتمالها ارادة منع الخلو خاصة، والدلالة موقوفة على ارادة منع الجمع أيضاً وهو غير معلوم.

قلنا: لانسلّم أن الدلالة موقوفة على ارادة منع الجمع، فإن الفروج ممنوع منها بالنص والاجماع إلّا بالعقد أو الملك، ولم يثبت كون الملفق منها سبباً تاماً؛ لأن أقل الأحوال في الآية كونها محتملة فيستصحب حكم المنع، وهذا القول مختار ابن الجنيد[2] وجمع من المتأخرين[3].

الثاني: حلها بالعقد على ماذكره الشيخ في النهاية، فإنه قال: حرمت عليه إلّا أن يشتري النصف الآخر، أو يرضى مالك نصفها بالعقد فيكون ذلك عقداً مستأنفاً[4].

(١) المؤمنون: ٥-٦.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٦٨.

(٣)منهم فخر المحققين في الايضاح ٣: ١٤٩.

(٤) النهاية: ٤٨٠.

وتبعه ابن البراج واورد أن العقد الأول قد بطل، لشرائه النصف، فكيف يصير صحيحاً بالاجازة، وأنه قد وقع أولاً برضاه ولم يتجدد له ملك فلا يتوقف على اجازته[١].

وأجاب المحقق ابن سعيد في النكت بأن المراد ايقاع البيع على النصف الثاني، فكأنه قال: إلّا ان يشتري النصف الآخر من البائع ويرضي مالك ذلك النصف بالعقد، فتكون الاجازة له كالعقد المستأنف، ويكون الألف في قوله: (أو) سهواً من الناسخ، أو يكون بمعنى الواو، ولا يخفى ما في هذا التأويل من البعد، والقول بحلها بالعقد ابعد.

وقال المصنف في المختلف في تحقيق كلام الشيخ: والوجه عندي أن الاشارة بذلك إلى العقد الأول وبطلانه في حق الشريك ممنوع[٢]، ويضعف بأنه لامعنى للرضى بالعقد حينئذٍ من مالك النصف مع لزوم التبعيض.

الثالث: حلها باباحة الشريك، وهو قول ابن ادريس[٣]؛ لأن الاباحة شعبة من الملك؛لأنها تمليك للمنفعة، فيكون حل جميعها بالملك. ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: في جارية بين رجلين دبراها جميعاً، ثم أحل أحدهما فرجها لصاحبه قال: «هو له حلال»[٤].

وهذا القول محتمل إلّا أن المنع أحوط؛ لتوهم تبعض السبب.

الرابع: حلها متعة اذا جرى بين الشريكين مهاياة على خدمتها، وعقد عليها متعة في نوبة الشريك الآخر بإذنه؛ لاختصاصه بمنفعة تلك المدة. وليس بشيء؛ لأن منفعة البضع لا تدخل في المهاياة، ولا تخرج بذلك عن التبعيض.

---

(١) المهذب ٢:٢١٩.

(٢) المختلف: ٥٦٨.

(٣) السرائر: ٣٠٦.

(٤) الفقيه ٣: ٢٩٠ حديث ١٣٨٠، التهذيب ٧: ٢٤٥ حديث ١٠٦٧.

ولو ملك نصفها وكان الباقي حراً لم تحل بالملك ولا بالدائم.

وهل تحل متعة في أيامها ؟ قيل: نعم.

ثم ارجع إلى عبارة الكتاب واعلم أن قول المصنف: (فإن اجاز الشريك النكاح بعد البيع...) اشارة إلى قول الشيخ[١].

وقوله: (وكذا لو حللها) معناه وكذا في الجواز خلاف لو حللها الشريك لشريكه، فهو اشارة الى قول ابن ادريس[٢].

قوله: (ولو ملك نصفها وكان الباقي حراً لم تحل له بالملك ولا بالدائم، وهل تحل متعة في ايامها؟ قيل: نعم).

قد بيّنا أن سبب حل الفروج لا يتبعض ولا يتلفق من سببين مختلفين، فعلم أنه لو ملك نصف أمة وكان نصفها الآخر حراً، لا يحل له وطؤها بالملك على حال من الأحوال، لأن ملكه إنما هو النصف خاصة، فإن نصف الآخر حر،وليس ملك النصف كافيا في حل الجميع.

وكذا لاتحل بالاباحة؛ لأنها إنما تصح من مالك الرقبة، أما المرأة فلا يصح تحليلها نفسها اجماعاً، وكذا لا تحل بالعقد الدائم اتفاقاً؛ للزوم تبعض السبب.

وهل يحل له وطؤها متعة اذا هاياها، وعقد عليها المتعة في أيامها؟ فيه قولان:

أحدهما ـ وبه قال اكثر الأصحاب[٣] ـ المنع؛ للتبعيض الممنوع منه، فإنه لم يخرج بالمهاياة عن كونه مالكاً للبعض ومنافع البضع لا يتعلق به المهاياة قطعاً، ولايحل لها المتعة بغيره في أيامها.

والثاني: وبه قال الشيخ في النهاية الجواز[٤]، عملاً بما روي عن الباقر عليه

---

(١) النهاية: ٤٨٠.

(٢) السرائر: ٣٠٦.

(٣) انظر: ايضاح الفوائد ٣: ١٤٩، التنقيح الرائع ٣: ١٤٥، المختصر النافع: ٨٤.

(٤) النهاية: ٤٩٤

وهل يقع عقد أحد الزوجين الحر العالم بعبودية الآخر فاسداً، أو موقوفاً على اذن المالك ؟ الأولى الثاني، فحينئذٍ لو اعتق قبل الفسخ لزم العقد من الطرفين.

السلام في جارية بين شريكين دبراها جميعاً،ثم أحلّ أحدهما فرجها لشريكه فقال:«هو حلال»، ثم قال: «وايهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي مات ونصفها مدبراً»قلت: أرايت إن أراد الباقي منهما أن يمسها أله ذلك؟ قال: «لا إلاّ أن يثبت عتقها ويتزوجها برضى منها متى ما أراد» قلت له: أليس قد صار نصفها حراً وقد ملكت نصف رقبتها والصنف الآخر للثاني منهما؟ قال: «بلى» قلت: فإن هي جعلت مولاها في حل من فرجها فأحلت له ذلك قال: «لايجوز له ذلك» قلت: ولم لايجوز لها ذلك كما أجزت للذي كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه فيها؟ قال: «إن الحرة لاتهب فرجها ولا تعيره ولا تحلله، ولكن لها من نفسها يوم وللذي دبرها يوم، فإن أحبت أن يتزوجها متعة في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قل أو كثر»[1].

وقد تقدّم صدر هذه الرواية، ولاشك أن الأمر في الفروج شديد فلا يجترئ عليها بمثل هذا الحديث، وينبغي التمسك بالتحريم إلى أن يوجد ما يصلح دليلاً للجواز.

قوله: (وهل يقع عقد أحد الزوجين الحر العالم بعبودية الآخر فاسداً، أو موقوفاً على اذن المالك؟ الأولى الثاني، فحينئذٍ لو اعتق قبل الفسخ لزم العقد من الطرفين).

تقدّم أنه اذا تزوج العبد أو الأمة بغير اذن المولى هل يكون العقد باطلاً من أصله، أو موقوفاً على اجازة المالك؟ وقد تقدّم ايضاً أنه اذا تزوج الحر الأمة بدعواها

---

(١) الكافي ٥: ٤٨٢ حديث ٣، الفقيه ٣: ٢٩٠ حديث ١٣٨٠، التهذيب ٨: ٢٠٣ حديث ٧١٧.

. . . .

الحرية ودخل يلزمه المسمّى؛ لصحة العقد ظاهراً. وقيّد هنا بكون أحد الزوجين الحر عالماً بعبودية الآخر، ليكون العقد ظاهراً وباطناً فاسداً أو موقوفاً. وذلك لأن كلاًّ من الزوجين ممنوع من ايقاع العقد، بخلاف ما لو كان الحر جاهلاً بالعبودية،فإنه من طرفه لا مانع من صحته.

والأصح كونه موقوفاً؛ لأن النهي في غير العبادات لا يدل على الفساد،ولو دل لم يفرّق بين ما اذا توجه إلى أحد الجانبين، وبين ما اذا توجه إلى كليهما.

ويتفرّع على ذلك ما اذا اعتق المملوك من الزوجين قبل فسخ المولى العقد، فعلى القول بوقوع العقد باطلاً من أصله هو على حكم البطلان ، فإن العتق لايصححه. وعلى الأصح وهو وقوعه موقوفاً يلزم بالعتق من الطرفين؛ لوقوعه صحيحاً في نفسه.

وإنما منع لزومه عبودية أحد الزوجين وقد زالت، وإذا انتفى المانع عمل المقتضي عمله.

فإن قيل: قد سبق في البيع أنه لو باع مال غيره فضولياً ثم ملكه واجاز في الصحة إشكال، وهنا جزم بصحة النكاح اذا اعتق الرقيق من الزوجين، فما الفرق؟.

قلنا: يمكن الفرق بأن نقل الملك إلى البائع الفضولي ينافي العقد الفضولي؛ لأن مقتضاه نقل الملك إلى المشتري، وهو ممتنع حين الانتقال إلى البائع، ومع وجود المنافي تمتنع الصحة، بخلاف الفضولي في الصورة المذكورة؛ لأن مقتضاه ثبوت النكاح لولاالمانع وهو الرقية، وبالعتق زال المانع فوجب الحكم بلزوم العقد.

ولقائل أن يقول: إن المانع ليس هو الرقية بل عدم اذن المولى، وذلك باق غير زائل، وقد توقف صحة العقد عليه فلا يحكم بصحته لتعذر العتق. ومثله ما لو باع المملوك قبل اجازة العقد.

واعلم أن المضاف إليه المحذوف في قول المصنف: (فحينئذٍ) تقديره فحين إذ

الفصل الثاني: في مبطلاته، وهي ثلاثة: العتق، والبيع، والطلاق.

المطلب الاول: في العتق:

اذا اعتقت الأمة وكان زوجها عبداً، كان لها الخيار على الفور في الفسخ والامضاء، سواء دخل أو لا،

كان الأولى القول بكون العقد موقوفاً، حذف وعوض التنوين عنه.

قوله: (الفصل الثاني: في مبطلاته، وهي ثلاثة: العتق، والبيع، والطلاق).

الضمير في (مبطلاته) يعود إلى العقد على الإماء، وسمّى العتق والبيع والطلاق مبطلات له مجازاً، من حيث ان كلًّا من العتق والبيع يؤل إلى ابطاله في كثير من الصور، وليس جميع اقسامها مبطلة له، فإن من اعتق مملوكته المزوجة تخيّرت كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ولو باعها تخيّر المشتري، ولو كانت موطوءة له حرم وطؤها بالعتق والبيع، وهنا كلام وهو أن مبطلات نكاح الاماء لاينحصر فيما ذكره، فإن اللعان من المبطلات على قول، والفسخ بالعيب والاسلام والارتداد كذلك، وكذا أمر المولى عبده باعتزال زوجته مملوكة المولى ومنع المحلل له.

قوله: (المطلب الأول: في العتق. إذا اعتقت الأمة وكان زوجها عبداً كان لها الخيار على الفور في الفسخ والامضاء، سواء دخل أو لا).

لاخلاف بين العلماء في أن الأمة المزوجة بعبد اذا اعتقت ثبت لها الخيار؛ لما روى العامة والخاصة أن بريرة عتقت فخيّرها رسول الله صلّى الله عليه وآله، ورووا

إلّا اذا زوّج ذو المائة أمته في حال مرضه بمائة وقيمتها مائة ثم اعتقها، لم

أن زوجها كان عبداً،وفي بعض الأخبار أن اسمه مغيث[1].والسر في ذلك حدوث الكمال لها وبقاء النقص بالعبودية للزوج، وهو يستلزم تضررها من حيث ان سيده يمنعه عنها، ولا نفقة لولدها عليه، ولا ولاية له على ولدها ولا ترث.

وهذا الخيار فوري عند الأصحاب اقتصاراً في فسخ العقد اللازم على موضع اليقين، والضرورة تندفع بذلك، ولظاهر قوله صلى الله عليه وآله لبريرة: «ملكت بضعك فاختاري» فإن الفاء للتعقيب.

قيل: قد روي أن زوج بريرة كان يطوف خلفها ويبكي خوفاً من أن تفارقه، وطلب من النبي صلّى الله عليه وآله أن يشفع اليها فشفع فلم تقبل، ولو كان على الفور بطل حقها بالتأخير واستغنى عن الشفاعة.

قلنا: لا دلالة فيه؛ لأن الظاهر من الحديث أن الشفاعة كانت بعد فسخها، ولذلك روي أنه كان يطوف ويبكي ولم يأمرها صلّى الله عليه وآله بترك الفسخ بل قال لها: «لو راجعته فإنه أبو ولدك» فقالت: يارسول الله تأمرني بأمرك؟ فقال: «لا إنما أنا شافع» فقالت: لا حاجة لي فيه [2].

والظاهر أن المراد من المراجعة في الحديث تجديد النكاح، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العتق قبل الدخول أو بعده؛ لقول الصادق عليه السلام: «أيما امرأة اعتقت فأمرها بيدها»[3].

قوله: (إلّا اذا زوج ذو المائة امته في حال مرضه بمائة وقيمتها مائة ثم

---

(١) الكافي ٥:٤٨٦ حديث ١ ـ ٥، التهذيب ٧:٣٤١ حديث ١٣٩٥ ـ ١٣٩٦ ـ ١٣٩٧، سنن البيهقي ٧:٢٢٠، سنن الدار قطني ٣:٢٩٢ حديث ١٧٥ ـ ١٧٦.

(٢) سنن البيهقي ٧:٢٢٢.

(٣) التهذيب ٧:٣٤١ حديث ١٣٩٤.

يكن لها الفسخ قبل الدخول، وإلاّ لسقط المهر فلم تخرج من الثلث، فبطل عتق بعضها فيبطل خيارها فيدور.

اعتقها، لم يكن لها الفسخ قبل الدخول، وإلاّ يسقط المهر فلم يخرج من الثلث، فيبطل عتق بعضها، فيبطل خيارها فيدور).

هذا استثناء من قوله: (سواء دخل أو لا) وتحقيقه أنه لا فرق في ثبوت الخيار بالعتق اذا وقع بعد الدخول أو قبله إلاّ في الفرض المذكور، وهو ما اذا كان لشخص جارية قيمتها مائة مثلاً وهو يملك مائة اخرى، فزوجها بمائة، سواء كان في حال صحته أو مرضه من غير فرق بينهما؛ لأن تزويجها لايتضمن اتلافاً بل اكتساباً للمهر، فوقوعه في الصحة والمرض سواء.

وقد تضمّنت عبارة الكتاب وقوع التزويج في المرض و ليس بحسن؛ لأنه يوهم كون ذلك قيداً للمسألة، نعم لابد لتكميل الفرض من كون الاعتاق قد وقع في المرض قبل الدخول، فإنه حينئذٍ لايثبت لها خيار الفسخ، إذ لو ثبت لأدى ثبوته إلى عدم ثبوته، وذلك لأنه لو ثبت ففسخت لسقط المهر، فإن الفسخ قبل الدخول من جانب الزوجة مسقط للمهر كما علم غير مرة.

واذا سقط المهر انحصرت التركة في الجارية والمائة، فلم ينفذ العتق في جميعها، بل يبطل فيما زاد على ثلث التركة، وحينئذٍ فيبطل خيارها؛ لأن الخيار إنما يثبت اذا اعتق جميعها قطعاً، فيكون ثبوته مؤدياً إلى عدم ثبوته، وذلك هو الدور، فتعيّن قطعاً الحكم بانتفائه. وهذا بخلاف ما لو كان العتق في حال الصحة فإنه حينئذٍ لا يعتبر من الثلث، فالخيار بحاله.

وكذا لو كان العتق في الفرض السابق بعد الدخول؛ لأن المهر لا يسقط حينئذٍ بانفساخ النكاح. وقول المصنف (في مرضه) يريد به مرض موته، واعتمد في ذلك على ظهور الحال.

ولو كانت تحت حرٍ ففي خيار الفسخ خلاف.

قوله: (ولو كانت تحت حر ففي خيار الفسخ خلاف).

اختلف الأصحاب في ثبوت الخيار للأمة اذا اعتقت والزوج حر، فقال الشيخ في النهاية[١]، وابن الجنيد[٢]، والمفيد[٣]، وابن البراج[٤]، وابن ادريس[٥]، والمصنف في المختلف[٦] وغيره[٧]: إن لها الخيار.

وقال في المبسوط[٨]، والخلاف[٩]: ليس لها.

والأصح الأول، لنا عموم صحيحة أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: «أيما امرأة اعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت اقامت وإن شاءت فارقت»[١٠].

ورواية زيد الشحام عن الصادق عليه السلام قال: «اذا اعتقت الأمة ولها زوج خيّرت وإن كانت تحت حر أو عبد»[١١]، وقريب من هذه رواية محمد بن ادم عن الرضا عليه السلام[١٢]، وغير ذلك من الاخبار[١٣].

(١) النهاية: ٤٧٦.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٦٥.

(٣) المقنعة: ٧٧.

(٤) المهذب ٢:٢١٦.

(٥) السرائر: ٣٠٥.

(٦) المختلف: ٥٦٥.

(٧) التحرير ٢:٢٤.

(٨) المبسوط ٤:٢٥٨.

(٩) الخلاف ٢:٢٢٨ مسألة ١٣٤ كتاب النكاح.

(١٠) التهذيب ٧:٣٤١ حديث ١٣٩٤.

(١١) التهذيب ٧:٣٤٢ حديث ١٤٠١.

(١٢) التهذيب ٧:٣٤٢ حديث ١٤٠٠.

(١٣) التهذيب ٧:٣٤١ حديث ١٣٩٩.

وإذا اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر وثبت بعده.

احتج الشيخ بأن الأصل لزوم العقد وحدوث الخيار يحتاج إلى دليل، وبما رواه ابن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام: «إنه كان لبريرة زوج عبداً، فلما اعتقت قال لها النبي صلّى الله عليه وآله: اختاري»[١].

وجوابه: إن الأصل يعدل عنه للدليل وقد بيّناه، والرواية لاتدل إلّا بمفهوم المخالفة، وهو ضعيف في نفسه فكيف مع معارضة المنطوق له، على أنه قد روي أيضاً أن زوج بريرة كان حراً[٢]، فسقط الاستدلال بالرواية أصلًا.

وقد علم من ثبوت الخيار اذا كانت تحت حر ثبوته اذا كان مبعّضاً بطريق أولى، وأولى منه المكاتب والمدبّر.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

قوله: (وإن اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر وثبت بعده).

متى اختارت المعتقة الفسخ في موضع ثبوت الخيار، وهو ما اذا كان الزوج عبداً، أو حراً على القول بثبوته مع الحر، فإما أن يكون اختيارها للفسخ قبل الدخول أو بعده.

فإن كان قبل الدخول سقط المهر كله؛ لأن الفسخ قبل الدخول من المرأة موجب لسقوط المهر، كما تقرر غير مرة.

أما لو كان بعده فإن ثبوت المهر بحاله؛ لأنه قد تقرر بالدخول، فلا يسقط بالفسخ الطارىء بعده، سواء كان العتق قبل الدخول أو بعده.

وفصّل المصنف في التحرير[٣] تبعاً للمبسوط[٤] بأنها اذا فسخت بعد الدخول،

---

(١) التهذيب ٧: ٣٤١ حديث ١٣٩٥.

(٢) سنن البيهقي ٧: ٢٢٣.

(٣) التحرير ٢: ٢٤.

(٤) المبسوط ٤: ٢٥٩.

ولو أخرّت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها.

ولو كان لجهالة فورية الخيار أو اصله احتمل السقوط، وعدمه، والفرق.

فإما أن يكون العتق وقع قبله أو بعده فإن كان بعده فلها المسمّى؛ لأن الفسخ استند إلى العتق، وقد وقع بعد الدخول حين استقر المسمّى. وإن كان قبله بأن اعتقت ولم تعلم به حتى دخل فإن لها مهر المثل؛ لأن الفسخ مستند إلى العتق، وهو قبل الدخول، فصار الوطء كأنه في نكاح فاسد.ويضعّف بأن استناد الفسخ الى العتق لايقتضي وقوعه قبل الدخول بل حين ايقاعه، وحينئذٍ قد استقر المسمّى بالدخول.

قولـه: (لو اخرت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها، ولو كان بجهالة فورية الخيار أو اصله احتمل السقوط، وعدمه، والفرق).

حيث تقرر أن الخيار للمعتقة حيث يثبت إنما هو على الفور، فلا شك أنها متى اخّرته بغير عذر سقط خيارها كما هو شأن كل فوري.ولو اخرته لعذر، فإن كان جهالتها بالعتق لم يبطل خيارها اجماعاً، فإن الناس في سعة مما لم يعلموا.

وإن كان جهالتها بأصل الخيار، بأن لم تعلم أن عتقها موجب لثبوت الخيار،أو فوريته بأن علمت ثبوت الخيار وجهلت كونه على الفور، ففي كون كل من الأمرين عذراً فلا يسقط معه الخيار أم لا، ثلاثة أوجه:

أحدها:أن لا يكون واحد منها عذراً فيسقط الخيار بالتأخير ولو مع احدهما، ووجهه: إن ثبوت الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على محل اليقين، ولأن الحكم بفوريته إنما كان للجميع بين الحقين: حق الزوجة في الخيار بالعتق، وحق الزوج في النكاح، فلا يختلف بعلمها وجهلها. ولأنه لو عدّ الجهل عذراً لزم كون النسيان كذلك؛ لاشتراكهما في كون كل منهما غافلاً، والثاني باطل؛ لأن النسيان لا يخرج السبب عن كونه سبباً.

وثانيها: عدّ كل منهما عذراً فيبقى الخيار؛ لأن ترتب الخيار على العتق وكونه

. . . .

على الفور من الأحكام الخفية التي لايطلع عليها إلّا الأفراد من الناس، فلو لم يكن الجهل عذراً لانتفت فائدة شرعية هذا الخيار؛ لأن المطلوب به الارتفاق العام، ومع الجهل فالتأخير لابد منه، والتالي معلوم البطلان.

وثالثها:الفرق بين الأمرين، اعني جهل أصل الخيار، وجهل فوريته، فيبطل بالتأخير في الثاني دون الأول.ووجهه: إنّ فائدة شرعية هذا الخيار إنما تحصل لعامة المكلفين أن لو بقي الخيار مع جهالة ثبوته، إذ لا يقصر عن لا يعلم الحكم اصلاً؛ لخفاء مثل هذا الحكم غالباً، ومع الجهل لا طريق الى ايقاع الفسخ بحال فلا يكون مقدوراً عليه حينئذٍ بخلاف جهل الفورية فإن الضرر يندفع بعلم أصل الخيار، فلا دليل على بقائه مع التأخير.

ولأن التأخير مع العلم بالخيار يشعر بالرضى عادة، فإن الكاره للشيء شديد الحرص على التخلص منه اذا تمكن، ولأن تأخير الفسخ مع القدرة عليه والعلم بالخيار ينافي معنى الفور قطعاً، فيمتنع بقاؤه مع جهل الفورية، وهذا الاحتمال اقواها.

والظاهر أن التأخير للنسيان مسقط ؛ لثبوت التقصير بالتأخير إلى أن طرأ النسيان. أما الاكراه فإن بلغ الالجاء، كأنه وضع واضع يده على فم الزوجة فمعنها من الاختيار، فإنه عذر.

ولو خوفت بما يخاف منه عادة، ففي عد ذلك عذراً احتمالات، ولو كانت غائبة اختارت عند بلوغ الخبر، ولو كانت منفردة ففي عد تأخيرها إلى أن تصل إلى الزوج أو من تشهده على فسخها مع مبادرتها إلى ذلك احتمال.

ولو ادعت الجهل بالعتق صدقت بيمينها مع امكان صدقها، إذ لا يعلم ذلك إلّا من قبلها.وقريب منه ما إذا ادعت الجهل بأصل ثبوت الخيار، ولو ادعت الإكراه فالمتجه مطالبتها بالبيّنة؛ لامكان اقامتها على ذلك.

ثم عُدْ إلى عبارة الكتاب واعلم أن قول المصنف: (احتمل السقوط) يريد به

ولو اختارت المقام قبل الدخول فالمهر للسيد إن أوجبناه بالعقد، وإلّا فلها وبعده للمولى.

ولو لم يسم شيئاً بل زوّجها مفوضة البضع، فإن دخل قبل العتق

في المسألتين معاً.

وقوله: (وعدمه) يريد به عدم السقوط فيهما، وهو الاحتمال الثاني.

وقوله: (والفرق) يريد به الفرق بين التأخير بجهالة أصل الخيار، وجهالة فوريته مع العلم بأصله، فيثبت في أحدهما وينتفي في الآخر، وهو الاحتمال الثالث.

قوله: (ولو اختارت المقام قبل الدخول فالمهر للسيد إن اوجبناه بالعقد، وإلّا فلها، وبعده للمولى).

اذا اعتقت الأمة المزوجة، فإما أن يكون عتقها قبل الدخول أو بعده، وعلى التقديرين فإما أن تختار الفسخ أو المقام، وعلى كل تقدير فإما أن يكون قد سمّي المهر أو تكون مفوضة، وسيأتي حكم المفوضة إن شاء الله تعالى.

وأما حكم التسمية فإنها اذا فسخت قبل الدخول يسقط المهر كما قد قدمناه، وليس للسيد منعها من الفسخ وإن تضرر به؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر، بخلاف ما لو فسخت بعده، وقد سبق حكم ذلك.

وأما اذا اختارت المقام فإما أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان بعده فالمهر للسيد لامحالة، وإطلاق العبارة يقتضي أنه لا فرق في ذلك بين وقوع العتق قبل الدخول أو بعده.

وينبغي الفرق، فإذا كان بعده فالمهر للسيد لامحالة، وإن كان قبله فإن أوجبنا المهر بالعقد ـ وهو الأصح ـ فهو للسيد أيضاً؛ لكونها حينئذٍ مملوكة له، وإن أوجبناه بالدخول فهو لها؛ لكونها حينئذٍ حرة مالكة بضعها.

قوله: (ولو لم يسمّ شيئاً بل زوّجها مفوضة البضع، فإن دخل قبل

فالمهر للسيد؛ لوجوبه في ملكه. وإن دخل بعده أو فرضه بعده، فإن قلنا صداق المفوضة يجب بالعقد وإن لم يفرض لها مهر فهو للسيد، وإن قلنا بالدخول أو بالفرض فهو لها؛ لوجوبه حال الحرية.

العتق فالمهر للسيد؛ لوجوبه في ملكه، وإن دخل بعده أو فرضه بعده، فإن قلنا صداق المفوضة يجب بالعقد وإن لم يفرض لها فهو للسيد، وإن قلنا بالدخول أو با لفرض فهو لها؛ لوجوبه حال الحرية).

ماسبق حكم ما اذا سمّي لها في العقد مهراً، وهذا حكم ما اذا لم يسمّ لها شيء.

وتحقيقه: إن المعتقة إن كانت قد زوجت مفوضة البضع، أي لم يسمّ لها مهر في عقد النكا ح أصلاً، فإن دخل بها الزوج قبل العتق، أو فرض لها المهر قبله فالمهر للسيد قولاً واحداً؛ لوجوبه في ملكه.وإن كان دخوله بها بعد العتق، أو كان فرض المهر بعده قبل الدخول، ففي مستحقه وجهان مبنيان على أن صداق المفوضة متى يجب.

فإن قلنا: يجب بالعقد، سواء فرض لها أو لم يفرض لها حتى دخل، على معنى أنه يتبيّن بالفرض أو بالدخول مع عدم وجوبه بالعقد، فهو حق للسيد؛ لأنها حينئذٍ مملوكة.

وإن قلنـا: إنه يجب بالفرض إن فرض، وبالدخول إن لم يفرض، فهو لها؛ لوجوبه حال حريتها.

والثاني لايخلو من وجه،وسيأتي إن شاء الله تعالى كمال تحقيق المسألة.

واعلم أن قول المصنف: (فإن قلنا: صداق المفوضة يجب بالعقد وإن لم يفرض لها). يريد به التفريع على القول بأن الصداق في التفويض يجب بالعقد، على معنى أنه بالفرض يتبين وجوبه بالعقد، وكذا الدخول إذا لم يفرض، والمعنى: انا اذا قلنا بأن العقد يستقل بايجاب الصداق، ولا يكون للفرض دخل في ايجابه، بل يكون كاشفاً عنه فقط، فيكون وجوبه بحسب الواقع قبل حصول الفرض فيكون كاشفاً عنه،

ولو اعتقت في العدة الرجعية فلها الفسخ في الحال، فتسقط الرجعة ولا تفتقر إلى عدة أُخرى بل تتم عدة الحرة.

ولو اختارته لم يصح؛ لأنه جار إلى بينونة، فلا يصح اختيارها للنكاح، فإن لم يراجعها في الغدة بانت، وإن راجعها كان لها خيار الفسخ فتعتد اخرى عدة حرة، وإن سكتت لم يسقط خيارها.

فإن الكشف عن الشيء فرع حصوله في نفسه، فإذا قلنا بذلك كان للسيد لا محالة.

قوله: (ولو اعتقت في العدة الرجعية فلها الفسخ في الحال فتسقط الرجعة،ولايفتقر إلى عدة اخرى بل تتم عدة الحرة ولو اختارته لم يصح: لأنـه جارٍ إلى بينونة،فلا يصح اختيارها للنكاح، فإن لم يراجعها في العدة بانت، وإن راجعها كان لها خيار الفسخ فتعتد اخرى عدة الحرة، وإن سكتت لم يسقط خيارها).

أي: لو طلق الأمة طلاقاً رجعياً، ثم اعتقت وهي في العدة، فإما أن تختار الفسخ في الحال، أو النكاح، أو تسكت على كل من الأمرين.

فإن اختارت الفسخ في الحال كان لها ذلك، لاستفادتها به قطع سلطنة الرجعة، ودفع تطويل الانتظار إلى أن يراجع فتفسخ؛ لأن ذلك يقتضي أن تكون العدة من حينه.

واذا فسخت اكملت عدة الطلاق، ولم يجب استئناف عدة اخرى؛ لانتفاء المقتضي لها، فإن العدة وجبت بالطلاق، والفسخ لايقطعها، والواجب اكمال عدة حرة عندنا اعتباراً بما صارت إليه.

وإن اختارت النكاح في الحال لم يصح؛ لأنه جار إلى بينونة، والاجارة تقتضي بقـاؤه فلا يتلاقيان،كما لو طلقها رجعية فارتد، ثم راجعها وهي مرتدة فإنه لاتصح الرجعة، و حينئذٍ فإن لم يراجعها في العدة بانت، وإن راجعها كان لها خيار الفسخ؛

وإذا فسخت فتزوجها بقيت على ثلاث.

ولو اعتقت الصغيرة اختارت عند البلوغ، والمجنون عند الرشد، وللزوج الوطء قبله.

لبطلان الاجارة السابقة، فإن فسخت وجب عليها الاعتداد بعدة مستأنفة؛ لحدوث البينونة حينئذٍ.

ولايخفى أن الواجب عدة حرة؛ لكونها حين الفسخ حرة، وإن سكتت ولم تختر واحداً من الأمرين لم يبطل خيارها؛ لأن سكوتها لايدل على الرضى وهي بصدد البينونة، ومن الممكن أن لا يراجعها فيحصل الفراق من غير احتياج إلى ظهور رغبتها فيه.

والحاصل أن سكوتها في هذه الحالة لا ينافي الفور؛ لوجود القاطع لعلاقة النكاح وهو الطلاق، مع أن في السكوت استفادة عدم اظهار طلب الفراق، وهو من المطالب.

واعلم أن الضمير في قول المصنف: (ولو اختارته) يعود الى النكاح بقرينة الفسخ، وقوله: (فإن لم يراجعها) متفرّع على قوله: (لم يصح)، وقوله: (وان سكتت) هي الصورة الثالثة من صور المسألة.

قوله: (واذا فسخت فتزوجها بقيت على ثلاث).

هذا راجع إلى أصل الباب،ولا تعلق له بالبحث الذي قبله. والمراد: إن المعتقة اذا فسخت حيث يثبت لها الخيار، فتزوجها الزوج بعقد مستأنف، بقيت عنده على ثلاث طلقات؛ لأن الفسخ لايعدّ في الطلاق، لا سيما اذا وقع من الزوجة. فإن من اكتفى في الطلاق بالكناية لاسبيل له إلى عدة طلاقها هنا، لأن ذلك إنما هو في الواقع من الزوج.

قوله: (ولو اعتقت الصغيرة اختارت عند البلوغ والمجنونة عند الرشد، وللزوج الوطء قبله.

وليس للولي الاختيار عنها؛ لأنه على طريقة الشهوة.

ولا خيار لها لو اعتق بعضها، فإن كملت اختارت حينئذٍ ولو لم تختر حتى يعتق العبد، فإن قلنا بالمنع من الاختيار تحت الحر احتمل ثبوته هنا؛

وليس للمولى الاختيار عنها، لأنه على طريقة الشهوة).

اذا اعتقت الأمة تحت عبد أو حر ـ بناء على ثبوت الخيار معه ـ وكانت صغيرة ثبت لها الخيار؛ لعموم الأخبار الدالة على ثبوت الخيار لكل معتقة، وكذا المجنونة. وليس لوليهـا أن يختار عنها؛ لأن الاختيار منوط بالشهوة والميل القلبي، فلا يعتد بوقوعه من الولي؛ لعدم علمه بما تريده الزوجة، بل ينتظر في ذلك بلوغ الصغيرة مبلغاً تملك أمرها، وافاقة المجنونة بحيث تكمل رشدها، فتختار حينئذٍ على الفور.

وللزوج الوطء قبل الفسخ في المجنونة والاستمتاع في الصغيرة، بل له الوطء قبله مطلقاً؛ لبقاء الزوجية ما لم يفسخ، وثبوت الخيار في أصل النكاح لاينافي بقاء الملك كما لايخفى، ووجوب الانفاق في هذه المدة بحاله مع وجود شرائطه.

واعلم أن إطلاق قوله: (اختارت عند البلوغ) يؤذن بعدم اعتبار الرشد معه، فعلى هذا لو بلغت اختارت وإن كان قبل الدخول ولم يتحقق رشدها، وإن لزم منه سقوط المهر في صورة يجب لها، وكذا الفسخ بالعيب، وللنظر فيه مجال، وعلى ظاهر عبارته فيراد برشد المجنونة افاقتها.

قوله: (ولاخيار لها لواُعتق بعضها، فإن كملت اختارت حينئذٍ).

وذلك لأن المقتضي للخيار هو حريتها، وهي منتفية مع تحرر البعض خاصة؛ لصدق السلب في مثل ذلك. ولا فرق بين كون الأكثر بعض الحرية أو بعض الرقية؛ لانتفاء المقتضي. أما اذا كملت حريتها فلأن الخيار يثبت حينئذٍ؛ لوجود المقتضي في هذه الحالة.

قوله: (ولو لم تختر حتى يعتق العبد، فإن قلنا بالمنع من الاختيار تحت الحر احتمل ثبوته هنا؛ لأنه ثبت سابقاً فلايسقط بالحرية كغيره من

لأنه ثبت سابقاً فلا يسقط بالحرية كغيره من الحقوق، والسقوط كالعيب اذا علمه المشتري بعد زواله.

ولو اعتقت تحت من نصفه حر فلها الخيار وإن منعنا الخيار في الحر.

الحقوق، والسقوط كالعيب اذا علمه المشتري بعد زواله).

اذا اعتقت الأمة فلم تختر ، إما بناء على القول بأن الخيار على التراضي، أو لأنها لم تعلم بالعتق الى أن عتق العبد، بنى على الخلاف في ثبوت الخيار لو عتقت تحت حر وعدمه.

فإن قلنا بالثبوت ثم فلا بحث في الثبوت هنا، وإن قلنا بالعدم احتمل هنا الثبوت؛ لأنه قد ثبت بعتقها حين وقوعه، والأصل بقاء ما كان على ما كان إلى أن يحصل المسقط كما في سائر الحقوق.

ولم يثبت أن تجدد حريته مسقط لخيارها، فلايسقط. ويحتمل السقوط؛ لزوال الضرر بزوال رقيته، ولأن سبب الخيار مركب من تجدد حريتها وكونه رقاً، إذ الفرض أنها مع الحر لاخيار لها. وفيه نظر؛ لأن السبب قد حصل، ولايلزم من زوال أحد جزئيه بعد ثبوت الخيار زوال الخيار عملاً بالاستصحاب.

وقول الشارح الفاضل: إن بقاء الخيار مشروط ببقاء رقية الزوج؛ لأن الأصل بقاء الشرطية[١]، ليس بشيء، فإن الدليل لم يدل إلّا على أنها شرط الثبوت، ولايلزم منه الاشتراط في البقاء، والأصل الذي ادعاه لا أصل له.

قوله: (ولو اعتقت تحت مَن نصفه حر، فلها الخيار وإن منعنا الخيار في الحر).

لو اعتقت الأمة تحت من نصفه حر فإن قلنا بثبوت الخيار لو كانت تحت الحر فلا بحث في الثبوت، وإن منعناه ثم فالثبوت هنا اظهر؛ لأن ضرر رقية الزوج

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ١٥٢.

ولو طلّق قبل اختيار الفسخ احتمل ايقافه، فإن اختارت الفسخ بطل، وإلاّ وقع موقعه.

قائم هنا، والمعتمد في الاستدلال عموم الأخبار السالفة، ولا اثر لهذا التفريع.

قوله: (ولو طلّق قبل اختيار الفسخ احتمل ايقافه،فإن اختارت الفسخ بطل، وإلاّ وقع موقعه).

اذا ثبت لها خيار العتق فطلقها قبل الفسخ،فإن كان الطلاق رجعياً فا لخيار بحاله،والحكم كما اذا اعتقت في العدة الرجعية، وقد سبق بيانه، وإن كان بائناً ففيه وجهان:

أحدهما: إنه يقع موقوفاً، بمعنى أنه يراعى في الحكم بصحته وفساده اختيارها للفسخ وعدمه، فإن اختارت الفسخ في العدة ظهر بطلانه، وإن لم تختر ظهر وقوعه، وذلك لأن الخيار قد ثبت جزماًوتنفيذ الطلاق في الحال يقتضي ابطاله فلا يكون نافذاً.

ومثله القول في الطلاق؛ لأنه قد وقع في النكاح مستجمعاً ما يعتبر فيه، فلم يكن بد من الحكم بوقوع الطلاق مراعى فيه عدم طرء الفسخ عليه، فإن فسخت تبين بطلان الطلاق، إذ لو صح لحصلت البينونة فامتنع الفسخ، وإلاّ تبيّن نفوذ الطلاق، كما لو طلّق في الردة ولم يكن عن فطرة من قبل الزوج، فإنه بالعود الى الاسلام تبيّن وقوع الطلاق، وبدونه يتبيّن عدمه.

والثاني: وقوعه جزماً؛ لوجود المقتضي، وهو صدور الصيغة من زوج كامل في محل الطلاق، وانتفاء المانع، إذ ليس إلاّ ثبوت الخيار، وهو غير صالح للمانعية، فإن المقصود بالفسخ حاصل به فلم يكن بينهما منافاة.

والفرق بين العتق والردة: إن الانفساخ في الردة يستند إليها، فيتبين بعدم العود في العدة أن الطلاق لم يصادف النكاح، بخلاف الفسخ بالعتق فإنه لايستند إلى أمر سابق على الطلاق، وهذا اقرب.

واعلم أن المراد بالطلاق في الكتاب هو البائن دون الرجعي، إذ لا

ولا يفتقر فسخ الأمة إلى الحاكم.

ولو اعتق الزوج وتحته أمة فلا خيار له، ولا لمولاه، ولا لزوجته حرة كانت أو أمة، ولا لمولاها.

ولو زوّج عبده أمته ثم اعتقت أو اعتقا معاً اختارت،

يطرد الوجهان في الرجعي؛ لأن تنفيذ الطلاق فيه لايقتضي ابطال الخيار. وقد تقدّم أن المعتقة لو طلقت تخيّرت واجتزأت باكمال العدة، ولعل المصنف إنما أطلق هاهنا اعتماداً على ما سبق في كلامه، وأشار الى الاحتمال الثاني بقوله: (ووقوعه)، وأراد بقوله: (احتمل ايقافه) كونه مراعى، أي: موقوفاً عندنا لا موقوفاً في نفسه.

قوله: (ولايفتقر فسخ الأمة إلى الحاكم).

ثبوت هذا الفسخ بالنص[1] والاجماع، وليس فيه مدة يتوقف ضربها على الحاكم، فلا يتوقف ايقاعه على مراجعة الحاكم والمرافعة إليه بحال.

قوله: (ولو اعتق الزوج وتحته أمة فلا خيار له، ولا لمولاه، ولا لزوجته حرة كانت أو أمة، ولا لمولاها).

ما تقدّم من ثبوت الخيار بالعتق إنما هو فيما اذا اعتقت الأمة المزوجة، أما العبد اذا اعتق فإنه لاخيار له عندنا؛ لأن الأصل في ثبوت هذا الخيار هو الخبر.

وليست هذه الصورة من الصور المنصوصة في شيء، على أن التخلص بالطلاق ثابت له دونها فلا معنى لثبوته، وفي وجه للشافعية أن له الخيار كما في الطرف الآخر على حد خيار العيب[2] ولا فرق في ذلك بين أن يكون تحته أمة أو حرة. وكما لا يثبت الخيار له كذا لا يثبت لمولاه؛ لانتفاء المقتضي. وكذا لا خيار لزوجته حرة كانت أو أمة بطريق أولى؛ لزوال نقصه. وكذا لا خيار لمولى زوجته الأمة.

قوله: (ولو زوج عبده أمته ثم اعتقت أو اعتقا معاً اختارت).

---

(١) التهذيب ٧:٢٤١ حديث ١٣٩٤.

(٢) المجموع ١٦:٢٩٤.

ولو كانا لاثنين فاعتقا دفعة أو سبق عتقها أو مطلقاً على رأي اختارت،

كما يثبت الخيار للأمة اذا اعتقت وهي تحت غير من هو عبد لمولاها، كذا يثبت اذا اعتقت تحت عبده؛ للاشتراك في المعنى، لعموم الأخبار الدالة على ثبوت الخيار، وكذا لو اعتقا معاً.

قوله: (ولو كانا لاثنين فاعتقا معاً دفعة، أو سبق عتقها، أو مطلقاً على رأى اختارت).

اذا كان العبد والأمة المزوجان لاثنين فاعتقا معاً دفعة تخيّرت الأمة لعموم الأخبار الدالة على ثبوت الخيار هنا.

وعلى القول بأنها اذا اعتقت تحت حر فلا خيار لها فالخيار هنا منتف؛ لأن الفرض أن عتقها وعتقه حصلا في زمان واحد، فلم يصادف حريتها عبوديته. أما لو سبق عتقها على عتقه فإن لها الخيار قطعاً، بخلاف ما لو سبق عتقه على عتقها، فإنها لا تتخير إذا اعتقت، إلاّ على القول بأنها تتخير اذا اعتقت تحت حر.

وهذه الأحكام كلها ظاهرة بعد ما سبق بيانه، لكن في عبارة المصنف مناقشات:

احداها: إن حكم ما اذا تقدم عتقها قد سبق بيانه، وكذا حكم ما اذا تقدم عتقه، بل قد سبق ما يدل على حكمه بطريق أولى، وهو ما إذا اعتقت فلم تختر حتى عتق العبد، فاعادة ذلك عري عن الفائدة.

الثانية: إن الاشارة بقوله: (على رأي) إلى الخلاف في تخيرها تحت الحر، فإن أراد به التعلق بقوله: (مطلقاً) أوهم أن ما قبله لا خلاف فيه؛ لأن تخصيص هذا بذكر الخلاف مع ادراج المسألتين اللتين قبله معه في جملة واحدة، وجعل الجواب عن الجميع واحداً يشعر بانتفاء الخلاف فيهما، ولا يستقيم عوده إلى الجميع؛ لأن الثانية لا خلاف فيها، ولا عوده إلى الأولى، والثالثة خاصة؛ لأن ذلك الغاز، وكما يتخرج حكم هاتين على هذا الخلاف، فكذا حكم ما اذا زوج عبده أمته واعتقهما دفعة، مع أنه لم يتعرض لذلك فيما سبق، ولا ريب أن نظم العبارة في ذكر الخلاف غير حسن.

ويجوز أن يجعل عتق أمته مهراً لها.

ويلزم العقد إن قدّم النكاح فيقول: تزوّجتك واعتقتك وجعلت مهرك عتقك.

وفي اشتراط قبولها، أو الاكتفاء بقوله: تزوجتك وجعلت مهرك عتقتك عن قوله: اعتقتك اشكال.

ولو قدّم العتق كان لها الخيار، وقيل: لا خيار؛ لأنه تتمة الكلام، وقيل: يقدم العتق؛ لأن تزويج الأمة باطل.

الثالثة: قوله: (دفعة) وقع موقع الحال من الضمير في (اعتقا)، وقوله: (سبق عتقها) معطوف على (اعتقا) وهو ظاهر. وأما قوله: (مطلقاً) فينبغي أن يكون حالاً من الضمير في (اعتقا) المحذوف، أو مفعولاً مطلقاً لتكون الجملة معطوفة على ما قبلها. هذا هو الظاهر، لكن حاصله على أنها لو اعتقا عتقا مطلقاً اختارت، ولا يخفى ما فيه، والمراد ظاهر، فإنه يريد أنه سواء سبق عتقها أو لم يسبق يتخيّر إلّا أن العبارة ليست بتلك الفصيحة.

قوله: (ويجوز أن يجعل عتق أمته مهراً لها، ويلزم العقد إن قدّم النكاح، فيقول: تزوجتك واعتقتك وجعلت مهركِ عتقك، وفي الاكتفاء بقوله: تزوجتك وجعلت مهرك عتقك عن قوله: اعتقتك اشكال. ولو قدّم العتق كان لها الخيار . وقيل: لا خيار؛ لأنه تتمة الكلام، وقيل: يقدّم العتق؛ لأن تزويج الأمة باطل).

من الأُصول المقررة أن تزويج الرجل بأمته باطل، إلّا اذا جعل عتقها مهرها، فإنه يجوز عند علماء أهل البيت عليهم السلام قاطبة.

قال في المختلف: لانعرف فيه مخالفاً من علمائنا[1]، والاصل فيه أن النبي صلّى

---

(١) المختلف:٥٧٢.

. . . .

الله عليه وآله اصطفى صفية بنت حي بن اخطب من ولد هارون عليه السلام في فتح خيبر، ثم تزوجها واعتقها وجعل عتقها صداقها بعد أن حاضت حيضة[1]. وقال اكثر العامة: إن ذلك من خصائصه صلّى الله عليه وآله[2].

والنقل عن أهل البيت عليهم السلام في ذلك مستفيض أو متواتر، روى محمد ابن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «أيما رجل شاء أن يعتق جاريته ويتزوجها ويجعل عتقها صداقها فعل»[3].

وعن عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام قال: قلت: رجل قال لجاريته: اعتقتك وجعلت عتقك مهرك، قال: فقال: «جائز»[4].

وعن الباقر عليه السلام: «إنّ علياً عليه السلام كا ن يقول: إن شاء الرجل اعتق أُم ولده وجعل مهرها عتقها»[5]، وغير ذلك من الاخبار الكثيرة [6].

وقد أورد المحقق ابن سعيد في النكت سؤالات وأجاب عنها، حاصلها أنه كيف يجوز أن يتزوج جاريته، وكيف يتحقق الايجاب والقبول وهي مملوكة، ثم المهر يجب أن يكون متحققاً قبل العقد ومع تقدم التزويج لايكون متحققاً، ثم يلوح منه الدور، فإن العقد لا يتحقق إلّا بالمهر الذي هو العتق، والعتق لا يتحقق إلّا بعد العقد.

الجواب: اذا كان العتق يحصل مع العقد لم يستبعد صحته، وإنما يمتنع لو كانت الرقية باقية، ولابعد في العقد وهي مملوكة اذا كانت الرقية غير مستقرة معه، فإنه كما جاز أن يعقد لغيره عليها ؛ لعدم ملك ذلك الغير، جاز أن يعقد عليها لنفسه؛

---

(١) سنن أبي دواد ٢: ٢٢١ حديث ٢٠٥٤، سنن البيهقي ٧: ٥٨.

(٢) الخصائص الكبرى ٢: ٢٤٧، سنن البيهقي ٧: ١٢٨.

(٣) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٦، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٦.

(٤) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٧.

(٥) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٨ ، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٨.

(٦) الكافي ٥: ٤٧٥ حديث ١ ـ ٥، التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧١٠، الاستبصار ٣: ٢١٠ حديث ٧٦٠.

. . . .

لعدم استقرار ملكه فإنها تصير حرة معه.

وأما وجوب تحقق المهر قبل العقد فممنوع، ولم لا يجوز أن يكتفى بمقارنة العقد، وهو هنا كذلك، فإن المهر العتق وهو يقارن العقد، سواء تقدّم التزويج أو تأخر. والدور غير لازم؛ لأنا نمنع توقف العقد على المهر، نعم يستلزمه ولا ينفك منه.

والعقد على الأمة جائز في نفسه، وهي صالحة لأن تكون مهراً لغيرها، فلمَ لا يجوز جعلها أو جعل فك ملكها مهراً لها، ولو سلّمنا منافاة هذه المسألة للاصول، فقد ورد النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام على وجه لايمكن رده فوجب المصير اليها، وتصير اصلاً بنفسها كما صارت ضرب الدية على العاقلة اصلاً، ثم هنا مباحث.

لأنه إما أن يشترط قبولها أو لا، وإما أن يكتفى بقوله: تزوجتك وجعلت مهرك عتقك عن قوله: اعتقتك أو لا. وإما أن يعتبر تقديم النكاح أولا.

الأول: ذكر المصنف في اشتراط القبول اشكالاً، ومنشؤه: من أنه عقد نكاح فاشترط فيه القبول كسائر العقود اللازمة، لأن العقد في عرف أهل الشرع هو انه مركب من الايجاب والقبول.

لايقال: هي في حال ايقاع العقد رقيقة فكيف يعتبر قبولها.

لأنـا نقول: هي في حكم الحرة،حيث انها مع تمامه تصير حرة فرقيتها غير مستقرة، ولولا ذلك امتنع تزويجها من رأس .

بل قد يقال: إن الواقع من المولى هو القبول؛ لأن ايجاب النكاح إنما يكون من طرف الزوجة، فيعتبر وقوع لفظ من طرفها يكون به تمام العقد.

ومن أن المستند في شرعية هذا العقد هو النقل المستفيض، وليس في شيء منه ما يدل على اعتبـار القبـول. والأصل في الباب ما فعله النبي صلّى الله عليه وآله

. . . .

بصفية[١]، ولم ينقل قبولها، ولو وقع لنقل إذ هو من الأحكام التي يضطر إليها، وليس من خصائصه؛ لتوقف الحكم بذلك على البيان، لثبوت التأسي في كل ما لم يثبت أنه من خصائصه كما بيّن في الاصول.

ولأن حل الوطء مملوك له فهو بمنزلة التزويج، فإذا اعتقها وتزوجها وجعل العتق مهرها، كان في معنى استثناء بقاء الحل من مقتضيات العتق؛ لأن مقتضاه بدون ذلك التحريم. والمتجه الاكتفاء بالصيغة المنقولة من غير توقف على أمر آخر.

وقد اسلفنا وجوب المصير إلى ما دل عليه النقل من غير ملاحظة لمنافاة الأُصول المقررة وبيّنا أن ذلك أصل برأسه ثبت بدلائل يقتضيه، وهو خيرة المصنف في المختلف[٢]، على أن القبول لو اعتبر لم يتم به العقد؛ لخلوه حينئذٍ عن الايجاب. نعم الأحوط اعتباره خروجاً عن حيطة الاحتمال، فيعتبر وقوعه على الفور بالعربية على نهج سائر العقود اللازمة.

الثاني: هل يكفي قوله: تزوجتكِ و جعلتُ مهرك عتقك عن قوله: اعتقتك: ذكر المصنف فيه اشكال أيضاً، ومنشؤه: من أن المفهوم من الأخبار[٣]، وكلام الأصحاب[٤] ذلك، بل قد صرّح به جماعة[٥] منهم المصنف[٦]؛ ويؤيده أنه لو أمهر امرأة ثوباً فقال لها: تزوجتك وجعلتُ مهرك هذا الثوب فإنها تملكه بتمام العقد من غير احتياج الى صيغة تمليك.

وكذا اذا جعل العتق مهراً فإنها تملك نفسها، فلا حاجة الى صيغة اخرى

---

(١) صحيح مسلم ٢:١٠٤٥، سنن الترمذي ٣:٤٢٣ حديث ١١١٥، سنن ابن ماجة ١:٦٢٩ حديث ١٩٥٨.

(٢) المختلف: ٥٧٣.

(٣) الفقيه ٣:٢٦١ حديث ١٢٤٤، التهذيب ٨:٢٠١ حديث ٧١٠، الاستبصار ٣:٢١٠ حديث ٧٦٠.

(٤) المفيد في المقنعة: ٨٥، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه:٣١٧.

(٥) منهم الشيخ في النهاية: ٤٩٧، وابن البراج في المهذب ٢:٢٤٧.

(٦) المختلف: ٥٧٢.

للعتق، على أن أسباب العتق غير منحصرة في صيغة كما في التنكيل.

وقد نوقش قولهم: تملك نفسها، بأن الملك اضافة لابد فيها من تغاير المتضايفين بالذات، وهي مناقشة فارغة، فإن المراد من ذلك المجاز، من حيث حصول غاية الملك، وهو مجاز شائع واقع في كلامهم عليهم السلام، ومثله كثير في كلام الفقهاء.

ومن أن العتق لا يقع إلّا بالصيغة الصريحة، وهي التحرير أو الاعتاق على قول، ولم يوجد أحدهما، ولأن الأصل بقاء الملك إلى أن يعلم المزيل.

وإلى هذا ذهب المفيد[1]، وأبو الصلاح[2].

وقد يجاب عن هذا بما سبق غير مرة، وهو أن بناء هذا على مخالفة الاصول المقررة، فلا يناقش في شيء من جهات مخالفته، بعد ثبوته بالنص [3] الذي لا سبيل إلى رده، وقوة هذا ظاهرة.

وإلى هذين المبحثين أشار المصنف بقوله: (وفي اشتراط قبولها ـ إلى قوله ـ اشكال)، إلّا أن العبارة لاتخلو من مناقشة، فإن المتبادر منها أن طرفي الاشكال اشتراط القبول والاكتفاء بقوله تزوجتك الى اخره، وليس كذلك، بل كل منها مسألة مستقلة فيها اشكال، والطرف المقابل محذوف تقديره: وفي اشتراط قبولها وعدمه وكذا الاخرى.

الثالث: اختلف الأصحاب في اشتراط تقديم التزويج على العتق وعكسه، وجواز كل منها، والمشهور بين الأصحاب اشتراط تقديم التزويج، اختاره الشيخ في النهاية[4] وجماعة من الأصحاب[5]، لرواية محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام: في الرجل يقول لجاريته: قد اعتقتكِ وجعلتُ صداقك عتقك، قال: «جاز العتق، والأمر

(١) المقنعة: ٨٥.

(٢) الكافي في الفقه: ٣١٧.

(٣) صحيح مسلم ٢:١٠٤٥.

(٤) النهاية: ٤٩٧.

(٥) منهم ابن البراج في المهذب ٢:٢٤٧، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٥٩.

اليها إن شاءت زوجته نفسها وإن شاءت لم تفعل، فإن زوجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئاً»[(١)].

وعن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل قال لأمته: اعتقتك وجعلت مهرك عتقك فقال:«عتقت وهي بالخيار إن شاءت تزوجته وإن شاءت فلا، فان تزوجته فليعطها شيئاً، وإن قال: قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك فإن النكاح واقع ولايعطيها شيئاً»[(٢)].

وفي دلالتها على مطلوب الشيخ نظر؛ لأن القول بالصحة على تقدير تقديم العتق إنما هو مع التصريح بلفظ التزويج، هو منتفٍ في الروايتين، فإن قوله: اعتقتك وجعلت مهرك عتقك ليس فيه صيغة تزويج، والمتنازع فيه ما اذا أتى بلفظ العتق والتزويج معاً لكنه قدّم العتق، وأحدهما غير الآخر.

وقال جماعة: إنه لو قدّم العتق على التزويج يقع لازماً؛ لأن هذا الكلام واحد، والكلام انما يتم بآخره، فلا يقع العتق بدون التزويج، كما لو قال: اعتقك وعليك خدمة سنة فإنه يقع العتق ويلزم الخدمة. ولما رواه عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل قال لجاريته:اعتقتك وجعلت عتقك مهرك، قال: فقال: «جائز»[(٣)].

لايقال: لا دلالة في الرواية على المطلوب؛ لأن الجواب فيها الجواز والمتنازع فيه اللزوم، ولأنها خالية عن ذكر التزويج، فما دلت عليه لاقائل به.

لأنا نقول: المتعارف في مثل هذا الجواز ارادة الصحة؛ لأن السؤال إنما هو عن حكم هذا العقد من حيث صحته وفساده، فاذا أُجيب بالجواز كان معناه الصحة لامحالة، وهذا شائع شهير.

---

(١) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٩، الاستبصار ٣: ٢١٠ حديث ٧٥٩.

(٢) الفقيه ٣:٢٦١ حديث ١٢٤٤، التهذيب ٨:٢٠١ حديث ٧١٠.

(٣) الكافي ٥:٤٧٦ حديث ٣، التهذيب ٨:٢٠١ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٣:٢٠٩ حديث ٧٥٧.

ولا ريب أنه يلزم من صحته أن يكون جائزاً غير ممنوع منه، ويمتنع أن يراد بالجواز التزلزل؛ لأن النكاح على هذا التقدير غير متزلزل، وإنما هو غير واقع اصلاً. وأما خلوها عن لفظ التزويج فغير قادح؛ لأن اعتبار لفظة (أمر) لاخفاء فيه، ولعل السائل اعتمد على ظهوره واقتصر في السؤال على موضع الحاجة.

ورواية محمد بن مسلم السالفة[١] تضمنت لفظ العتق والتزويج معاً، فتكون شاهداً على ذلك، وإلى هذا القول اشار المصنف بقوله: (وقيل: لا خيار لها...).

وذهب المفيد[٢]، والشيخ في الخلاف[٣] إلى اشتراط تقديم العتق. ويحكى عن ظاهر أبي الصلاح[٤]، واختاره المصنف في المختلف[٥]؛ لأن نكاح الأمة باطل. ويضعف بأن الكلام إنما يتم بآخره، ولولا ذلك لم يصح جعل العتق مهراً. ولأنه لو حكم بوقوعه بأول الصيغة امتنع اعتباره في التزويج الآتي به بعده، فلابد من الاعتراف بعدم الفرق بين التزويج والعتق، وإلى هذا ذهب بعض المتأخرين من الأصحاب[٦].

فيتحصل في المسألة ثلاثة اقوال، أصحها الأخير. ثم عُدْ إلى عبارة الكتاب واعلم أن قوله: (ولو قدّم العتق كان لها الخيار) من تتمة قوله: (ويلزم العقد إن قدم النكاح) وما بينهما اعتراض.

فإن قيل: الذي يراد بأن لها الاعتراض في هذه الحالة، مع أنه على القول بأن القبول شرط متى لم يقبل يثبت لها الخيار.

قلنا: المراد إن العتق به اذا قدّم نفذ برأسه، فيبقى النكاح موكولاً إلى رضاها وإن لم نقل باشتراط القبول.

---

(١) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٦، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٦.

(٢) المقنعة: ٨٥.

(٣) الخلاف ٢: ٢٠٨ مسألة ٢٢ كتاب العتق.

(٤) الكافي في الفقه: ٣١٧.

(٥) المختلف: ٥٧٣.

(٦) منهم الشهيد في اللمعة: ١٩٤.

ولـو جعل ذلك في أمة الغير، فإن نفذنا عتق المرتهن مع الاجازة فالأقرب هنا الصحة، وإلّا فلا.

فعلى هذا لو قدّم التزويج وقع لازماً بنفسه، بناءً على أن القبول غير شرط.

والحاصل أنه على المختار مجموع العتق والتزويج صيغة واحدة، لايترتب شيء من مقتضياتها إلّا على مجموعها.

وعلى اعتبار تقديم التزويج فالعتق والنكاح كل منهما صيغة برأسها منضمةالى الاخرى، فإذا قدّم التزويج امتنع نفوذه بدون العتق؛ لأن عقده على مملوكته ممتنع، وإن تقدّم العتق نفذ؛ لانتفاء المانع فتصير حرة فتتخير في النكاح.

وقوله: (وقيل:لاخيار) الظاهر أنه القول الذي حكاه المصنف والمحقق ابن سعيد[1] عن بعض الأصحاب، وهو التخيير في تقديم أي الأمرين كان من العتق والتزويج، وهو القول الثالث فيما حكيناه.

وقد جعل الشارح الفاضل ولد المصنف[2] هذا قول أبي الصلاح، وليس بجيد؛ لأن قول أبي الصـلاح اشـتراط تقديم العتق، وجعل القولين واحداً خلاف ظاهر العبارة؛ لأن عطف أحدهما على الآخر يقتضي تعادلها وتباينهما، وتعليله أيضاً ينافي القول باشتراط تقديم العتق.

فإن اعتبار كونه تتمة الكلام ينافي اشتراط تقديم واحد؛ لأن الصيغة حينئذٍ تكون واحدة، نعم في حكاية المصنف لهذا القول قصور، حيث جعل القول عدم الخيار على تقدير تقديم العتق، وكان الأنسب أن يقول: وقيل لا يشترط تقديم شيء منها بعينه ليرتفع اللبس.

قولـه: (ولـو جعل ذلك في أمة الغير، فإن انفذنا عتق المرتهن مع الاجازة فالأقرب هناالصحة ،وإلّا فلا).

---

(١) الشرائع ٢:٣١٢.

(٢) ايضاح الفوائد ٣:١٥٥.

. . . .

الذي ورد به النص [١] من اعتاق الأمة وتزويجها وجعل عتقها مهرها إنما هو في مملوكة المعتق، أما مملوكة الغير فإن اعتاقها وتزويجها كذلك لا نص فيه بالصحة ولا بالفساد، والبحث عن ذلك ينحصر في أمرين:

أحدهما: العتق، ولا ريب أنه لا يقع نافذاً بنفسه؛ لأنها مملوكة الغير ولا متزلزلاً، فإن العتق لابتنائه على التغليب لا يتصور فيه ذلك، فلم يبق إلّا الحكم ببطلانه جزماً، أو التوقف في الحكم بصحته وبطلانه على وقوع الاجازة من المالك وعدمه، فإن أجاز تبيّن نفوذه من حين وقوعه، وإلّا تبين عدمه.

وقد بنى المصنف الوجهين هنا على القولين في عتق المرتهن المملوك المرهون مع اجازة المولى؛ لأن العتق في كل من الموضعين واقع على مملوك الغير، فعلى القول بالبطلان في عتق المرتهن فلا شك في البطلان هنا، وعلى القول بالصحة فيه ففي صحة العتق هنا وجهان، الأقرب منهما عند المصنف الصحة.

ووجه القرب أن العتق من القرب التي اشتدت عناية الشارع بها، وهو مبني على التغليب، ولا مانع منه إلّا حق الغير، وهذا المانع زائل بالاجازة.

والثاني: العدم وإن قلنا بالصحة هناك، والفرق من وجهين:

أحدهما: إن علاقة الرهن في معنى علاقة الملك؛ لأنها تثبت للمرتهن سلطاناً على المرهون، فيمكن أن يكون ذلك مصححاً للعتق مع الاجازة وهي منتفية هنا.

والآخر: إنه قد جعل عتق مملوكة الغير مهراً لنكاحها، وفي صحة جعل بعض مال الغير أو كله مهراً للنكاح بالاجازة من المالك منع ظاهر، وهذا منتف في عتق المرتهن، فعلى هذا الأصح البطلان هنا وإن قلنا بالصحة هناك.

الثاني: حكم النكاح ولم يتعرض المصنف إليه؛ لظهور حكمه، وجملة الأمر فيه

---

(١) التهذيب ٨: ٢٠٦ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٧، سنن أبي داود ٢: ٢٢١ حديث ٢٠٥٤، سنن البيهقي ٧: ١٢٨.

. . . .

إنه اذا وقع مستكملاً للايجاب والقبول المعتبرين كان نكاحاً فضولياً يتوقف على اجازة المالك، فيصح معها ويبطل بالرد.

ولايؤثر فيه بطلان العتق؛ لأن فساد المهر لا يقتضي فساد النكاح. نعم متى حكمنا ببطلان العتق فلابد لصحة النكاح من كون العاقد بحيث يسوغ له نكاح الأمة.

واعلم أن قول المصنف: (فالأقرب هنا الصحة) يريد به ترجيح الصحة، تفريعاً على القول بنفوذ عتق المرتهن مع الاجازة، لا الترجيح للحكم في نفسه بحسب الواقع، وهو ظاهر.

وقوله: (وإلّا فلا) معطوف على الجملة الشرطية قبله وهي قوله: (فإن انفذنا...) ومعناه: انا اذا لم ننفذ عتق المرتهن مع الاجازة لانصحح العتق هنا، ثم تنبه لشيء وهو: إن الشارح الفاضل بنى الحكم في المهر هنا ـ وهو العتق ـ على مقدمتين: احداهما عتق المرتهن، والاخرى أن المجعول عتقها مهراً هل المهر هو العتق ابتداءً، أوهوتمليكها لرقبتها ويتبعه العتق، كما لو تزوج جارية غيره وجعل ابا سيدها المملوك مهراً لها، فإنه اذا اجاز السيد النكاح دخل أبوه في ملكه فانعتق عليه.

والذي يقتضيه صحيح النظر صادق التأمل أن هذا ليس من مسألتنا في شيء؛ لأن العتق في هذا الفرض واقع بلفظ صريح وعبارة تخصه، وليس من الأُمور الحاصلة بالتبعية في شيء، ومع ذلك فصريح اللفظ أن المهر حقيقة هو العتق، والتعبير بتمليك الجارية رقبتها من الأُمور المجازية كما حققناه.

وقد ابطله الشارح في كلامه قبل هذا، فكيف يجعله هنا مقدمة للحكم في هذه المسألة.

لايقال: إنه إنما بنى عليه على زعمهم وإن كان غير صحيح في نفسه.

لأنا نقول: قد بينا أنهم لا يريدون بذلك إلّا المجاز، فلا يعتد بهذا البناء.

والأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهراً، ويسرى العتق خاصة.

قوله: (والأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهراً ويسري العتق خاصة).

المنصـوص هو ما اذا تزوج مملوكته واعتقها وجعل عتق جميعها صداقها، والمفروض هنا هو ما إذا تزوجها واعتق نصفها وجعل عتق النصف صداقها، وفي صحة النكاح والعتق كذلك وجهان، اقربها عند المصنف الصحة. أما العتق في نفسه فإنه يصح ايقاعه على البعض وعلى الكل من غير تفاوت.

ولايتخيل مانع إلاّ ضمه إلى النكاح، ومانعية ذلك منتفية بالأصل. وأما جعل عتق البعض مهراً فإنه لافرق بينه وبين جعل عتق الجميع مهراً، إذ لافرق بين جعل جميع الجارية مهراً، وبين جعل بعضها، إما على الانفراد أو مع ضميمة شيء آخر، فكما أنه لا فرق بين الكل والبعض في الثاني فكذا لا فرق في الأول وأما التزويج فإن صحته دائرة مع صحة العتق، فمتى حكم بصحة عتق البعض سرى إلى الجميع فصح النكاح.

والثاني: العدم؛ لأن الحكم في هذا الباب بالنسبة إلى العتق والنكاح ثبت على خلاف الأصل مع قيام المانع لولا النص المستفيض، فيجب الاقتصار فيه على الصورة المنصوصة اقتصاراً في المخالفة على مورد النص، وهذا اقوى.

وقول المصنف: (ويسري العتق خاصة) يريد به ثبوت السراية لا محالة؛ لأنه قد باشر عتق بعضها، والسراية ثابتة في كل موضع تحققت مباشرة عتق شيء من المملوك؛ لعموم قوله عليه السلام: «من اعتق شقصاً من عبد سرى عليه العتق»[1]. ولولا الحكم بالسراية لم يصح النكاح؛ لأن ملكه للبعض يمنع صحة النكاح.

---

(١) سنن البيهقي ١٠:٢٧٥.

ولو كان بعضها حراً فجعل عتق نصيبه مهراً صح، ويشترط هنا القبول قطعاً.

واشار بقوله: (خاصة) إلى أن السراية إنما هي للعتق دون المهر فتصير جميعها حراً، والمهر هو النصف خاصة، وفائدة ذلك تظهر فيما اذا طلقها قبل الدخول فإن ربعها يرجع رقاً في قول، وفي قول آخر تسعى في قيمة الربع.

واعلم أن الشارح الفاضل ذكر هنا أنه على قول من يقول إن المهر هو تمليك الجارية رقبتها تتملك نصف رقبتها وينعتق عليه ولا سراية هنا بل تسعى في قيمة نصفها[١]، وما ذكره غير موجه.

أما أولاً: فلأن جعل المهر هنا تمليك الجارية رقبتها أمر لاحقيقة له وقد بيّنا ما فيه.

وأما ثانياً: فلأنه على هذا التقدير يجب أن لا يصح النكاح؛ لأن تزويج السيد بأمته غير جائز قطعاً، وعلى هذا التقدير يبقى نصفها رقاً حقيقة، وعتقه موقوف على السعي. وإنما يكون ذلك مع نفوذ العتق في النصف، وإنما ينفذ مع صحة التزويج، وعلى هذا فيلزم صحة نكاح السيد لأمته، وهو معلوم البطلان. وإنما صححناه في صورة كون عتق الجميع مهراً؛ لأن التزويج والعتق يقعان معاً كما تقدم.

قوله: (ولو كان بعضها حراً فجعل عتق نصيبه مهراً صح، فيشترط هنا القبول قطعاً).

أي: لو كان بعض المملوكة حراً فاعتق السيد نصيبه منها، وتزوجها وجعل عتق النصيب مهراً صح، وذلك لأنه اذا صح العتق والتزويج في الأمة المحضة ففي التي بعضها حر أولى؛ لأن الملك مانع من التزويج، وإنما صح في الأمة المحضة على

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ١٥٧.

ولـو كانت مشـتركة مع الغير، فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهراً، فالأقرب الصحة، ويسري العتق. ولا اعتبار برضى الشريك،

خلاف الأصل.

ولاريب أن المانع في المبعضة اضعف منه في المحضـة، فحيث دلت النصوص[١] على الثبوت مع المانع الأقوى فمع الأضعف أولى، لكن هنا يشترط القبول قطعاً؛ نظراًإلى أن بعض الحر لا سلطنة للمولى عليه.

فثبوت النكاح بالنسبة إليه يتوقف على رضاها، لكن ينبغي أن يكون المعتبر وقوعه منها هو الايجاب ليتحقق العقد بكماله.

ولعل المصنف عبّر عنه بالقبول مجازاً، وحاول بتقديم قوله: (هنا) على (القبول) التنبيه على أن اشتراط القبول في هذه المسألة مقطوع به، بخلاف ما تقدم.

واعلم أن دعوى الأولوية في الفرض المذكور محل نظر، فإن لقائل أن يقول: لم لايجوز أن يكون المقتضي لصحة ذلك في الأمة المحضة معنى موجود هناك خاصة، مثل أن يكون التزويج بالأمة على هذا الوجه ملحوظاً فيه أنه في معنى استثناء حل الوطء من مقتضيات عتقها وما جرى هذا المجرى، وذلك منتف في الفرض المذكور، وقد كان قبل هذا العقد حراماً. فيستصحب الى أن يثبت السبب المقتضي للحل شرعاً.

قوله: (ولو كانت مشتركة مع الغير، فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهراً، فالأقرب الصحة ويسري العتق ولااعتبار برضى الشريك).

لو كانت الأمة مشتركة بين اثنين فصاعداً، فتزوجها أحدهما واعتق نصيبه وجعل عتق نصيبه مهراً ففي صحة ذلك وجهان:

اقـربها عند المصنف الصحة، وجه القرب وجود المقتضي وانتفاء المانع، أما

---

(١) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٧، سنن أبي داود ٢: ٢٢١ ، سنن البيهقي ٧: ١٢٨.

. . . .

المقتضي بالنسبة الى العتق فظاهر، فإن مباشرة عتق نصيبه يقتضي وقوع العتق عليه قطعاً، ويسري العتق إلى باقيها بمقتضى النصوص المنقولة في هذا الباب[1]، فيحصل عتق جميعها في زمان واحد.

لكن إنما يتم هذا اذا قلنا بعدم توقف السراية على الأداء، سواء قلنا بأن العتق يحكم به بدون الأداء أو قلنا بأنه كاشف.

أما اذا قلنا بأنه يتوقف عليه تأثيراً فلا يستقيم الحكم بصحة النكاح لتحقق وقوع العقد على مملوكة الغير فيكون فضولياً فلا يقع العتق؛ لأنه إنما يقع مع وقوع النكاح صحيحاً، لأنه مهر فتبطل السراية، فليتأمل ذلك ولينظر قول الشارح الفاضل[2] بالصحة على القول باعتبار الأداء اذا أدى.

وأما المقتضي بالنسبة إلى التزويج فهو العقد الصادر من أهله في محله.

أما الأول؛ فلأن المفروض أن المولى أهل لانشاء عقد النكاح.

وأما الثاني؛ فلأن ايقاع العقد على التي قد وجد سبب حريتها وصارت بحكم الحرة، بحيث ان تزويجها وحريتها يثبتان دفعة واحدة، صحيح على ما سبق بيانه في أول المباحث فيكون محلاً للعقد لامحالة.

وأما انتفاء المانع فلأنه ليس إلّا شركة الغير، وهي غير صالحة للمانعية؛ لأنها زائلة بالسراية. وبهذا البيان يظهر أنه لايعتبر رضى الشريك حيث ان شركته زائلة، أما رضاها فإن اعتباره دائر مع اعتبار رضى المملوكة غيرالمشتركة، فإن اعتبرناه ثم اعتبر هنا، وإلّا فلا؛ لأن هذه في معنى المملوكة، إذ السراية فرع انتقال حصة الشريك الى المعتق.

وما قيل من أنه على تقدير عدم اعتبار رضاها يلزم الدور؛لأن صحةالنكاح

---

(١) سنن البيهقي ١٠: ٢٧٥.

(٢) ايضاح الفوائد ٣:١٥٨.

وكذا لا اعتبار برضاه لو جعل الجميع مهراً ، أو جعل نصيب الشريك خاصة.

ولو اعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضها مهراً أو بالعكس ، صح الجميع.

يكـون بسبب العتق وسببه ضعيف؛ لأن الصيغة سبب فيها معاً ويقعان دفعة.

والثاني من الوجهين عدم الصحة؛ لأنه خروج عن صورة النص .

وفي بعض المقدمات السابقة نظر، فإن كون الشركة محلًا للعقد في محل المنع، فكيف يعتد بالعقد على أمة الغير مع طروء المزيل للملك بتمام العقد، والمتجه عدم الصحـة. ويناسب أن يكـون قول المصنف: (ويسري العتق) بعد قوله: (فالأقرب الصحة) اشارة الى المصحح؛ لأن الحكم بالصحة إنما يكون بعد تحقق السريان، فلا معنى للتعرض لبيانه بالاستقلال بعد الحكم بالصحة.

قوله: (وكذالا اعتبار برضاه لو جعل الجميع مهراً، أو جعل نصيب الشريك خاصة).

أي: كما أنه لااعتبار برضى الشريك في الصورة السابقة، وهي ما اذااعتق حصته وجعل عتقها مهراً للنكاح، فكذا لااعتبار برضاه لو اعتق حصته وتزوج الأمة وجعل عتق الجميع مهراً لها، أو جعل عتق حصة الشريك خاصة مهراً، وذلك لأن المجعول مهراً إنما يصير كذلك إذا كمل العقد، وفي ذلك الوقت يتحقق انتقال حصة الشريك إلى المعتق، ولا يكون لاعتبار رضاه وجه أصلاً.

قوله: (ولو اعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضها مهراً أو بالعكس صح الجميع).

هاتان صورتان مغايرتان لمورد النص :

احداهما: أن يعتق جميع مملوكته ويجعل عتق بعضها كنصفها مهراً لنكاحها، بحيث يأتي بالصيغة المعتبرة في ذلك بكمالها.

وليس الاستيلاد عتقاً وإن منع من بيعها، لكن لو مات مولاها عتقت من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب سعت في الباقي.

وقيل: يلزم الولد السعي،

والثانية: أن يعتقها ويتزوجها ويجعل عتق جميعها بعض المهر، بأن يضمه إلى شيء آخر كثوب وشبهه، وهذه هي التي أشار اليها بقوله: (أو بالعكس) وقد حكم بالصحة فيهما معاً.

أما الأُولى فلأنه كما يجوز أن يكون جميع الأمة وبعضها مهراً لغيرها، فكذا يجوز أن يكون عتق جميعها وبعضها مهراً لها من غير تفاوت.

وأما الثانية؛ فلأنه كما يجوز جعلها مهراً يجوز جعلها بعض المهر؛ لأن المهر يقبل الكثرة والقلة. ويحتمل عدم الصحة؛ لأن الحكم في هذا الباب يثبت على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النص [1].

فائدة: اذا قلنا بالبطلان في هذه الصورة، فما حال العتق؟ الذي يقتضي النظر بطلانه؛ لأنه لم يعتقها مجاناً قطعاً، بل على أنها زوجة، وأن العتق مهرها وقد فات ذلك فيمتنع نفوذه وحده؛ لأنه خلاف مقصوده، ولأن في ذلك ضرراً ظاهراً له.

قوله: (وليس الاستيلاد عتقاً وإن منع من بيعها، لكن لو مات مولاها عتقت من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب سعت في الباقي، وقيل يلزم الولد السعي).

لاريب أن استيلاد الأمة المملوكة ليس عتقاً لها وإن منع من بيعها، فإنه لا يجوز بيع أُم الولد ما دام الولد حياً اتفاقاً إلاّ في مواضع مستثناة في كلام الفقهاء، لكن لو مات المولى عتقت من نصيب ولدها، وذلك لأنها بدخول بعضها في ملكه بالارث حيث يكون معه وارث آخر يقوّم عليه من نصيبه ويعتق، وسيأتي بيان ذلك كله في

---

(١) انظر: التهذيب ٨:٢٠١ حديث ٧٠٧، سنن ابي داود ٢:٢٢١ حديث ٢٠٥٤، سنن البيهقي ٧:١٢٨.

فإن مات ولدها وأبوه حي عادت الى محض الرق وجاز بيعها،

موضعه إن شاء الله تعالى. هذا اذا وفّى النصيب بقيمتها.

فإن عجز النصيب فللأصحاب قولان:

أحدهما:ـ وإليه ذهب الأكثر كالمفيد[1]، وابن ادريس[2]، والمصنف ـ أنها تستسعى في الباقي من قيمتها لمن عدا الولد، ولايجب على الولد السعي؛ لانتفاء المقتضي.

والثاني:ـ واختاره ابن حمزة[3] ـ أنه يجب عليه السعي، وقريب منه قول الشيخ في المبسوط فإنه أوجب على الولد فكها من ماله[4]، وقال في النهاية بوجوب السعي على الولد اذا كان ثمنها ديناً على مولاها ولم يخلف غيرها[5]. وسيأتي إن شاء الله تعالى تحقيق المسألة ودلائلها، وبيان أن الأصح من القولين هو الأول.

فإن قيل: ليست هذه المسألة من هذا الباب في شيء، فأي وجه لذكرها، ثم أي وجه لذكرها في دليل عتق الأمة وتزويجها وجعل عتقها مهرها.

قلنا: إنه إنما ذكرها هنا ليبني عليها ما سيأتي من قوله: (ولو كان ثمنها ديناً...) فإن هذه من مسائل الباب وهي من مسائل الاستيلاد، فيناسب أن يذكر حكم الاستيلاد أولاً ليكون مقدمة لذلك.

قوله: (فإن مات ولدها وأبوه حي عادت إلى محض الرق وجاز بيعها).

تطابق النص[6] والاجماع هنا على أن أم الولد إذا مات ولدها وأبوه حي عادت

---

(١) المقنعة: ٩٣ .

(٢) السرائر: ٣٤٨.

(٣) الوسيلة: ٤٠٨.

(٤) المبسوط ٦:١٨٥.

(٥) النهاية: ٥٤٧.

(٦) التهذيب ٨:٢٠٦ حديث ٧٢٨.

ويجوز أيضاً بيعها في ثمن رقبتها إذا لم يكن لمولاها سواها.

وقيل: لو قصرت التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها، وإن لم يكن ثمناً لها.

الى محض الرق، وإنما قيد بكون أبيه حياً؛ لأن موت أبيه بعد موت ابنه لايؤثر شيئاً؛ لأنها تعتق على الولد إذا مات أبوه كما علم.

وأراد بقوله: (عادت إلى محض الرق) انقطاع العلاقة التي تشبثت بها، على أن يكون وسيلة إلى العتق اعني الاستيلاد، فإنها وإن كانت مع هذه العلاقة رقيقة محضة إلّاأنها لتشبثها بسبب الحرية كأنها حرة وأن رقيتها صارت ضعيفة، وحينئذٍ فيجوز بيعها.

قوله: (ويجوز أيضاً بيعها في ثمن رقبتها اذا لم يكن لمولاها سواها، وقيل: لو قصرت التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها وإن لم يكن ثمناً لها).

أجمع الأصحاب على أن أُم الولد تباع في ثمن رقبتها اذا كان ديناً على مولاها ولم يكن له سواها، والأخبار في ذلك كثيرة. روى عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن أُم الولد تباع في الدين؟ قال: «نعم في ثمن رقبتها»[1].

وعن أبي ابراهيم عليه السلام وقد سئل لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أُمهات الاولاد؟ قال: «في فكاك رقابهن»، قيل: وكيف ذاك ؟ قال: «أيما رجل اشترى جارية فأولدها، ثم لم يؤدِ ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى عنه، أخذ ولدها منها وبيعت فأدى عنها»، قلت: فيبعن فيما سوى ذلك من دين؟ قال: «لا»[2].

---

(١) الكافي ٦:١٩٢حديث٢، التهذيب ٨:٢٣٨ حديث ٨٥٩.

(٢) الكافي ٦:١٩٣ حديث ٥، الفقيه ٣:٨٣ حديث ٢٩٩، التهذيب ٨:٢٣٨ حديث ٨٦٢.

ولـو كان ثمنهـا ديناً فأعتقها وجعل عتقها مهرها وتزوجها واولدهاوافلس به ومات صح العتق، ولا سبيل عليها ولا على ولدها على رأي.

وتحمل الرواية بعود الرق على وقوعه في المرض .

والقول المحكي في العبارة قول ابن حمزة[1]، وهو ضعيف، وفي الرواية المتقدمة تصريح بذلك[2].

قولـه: (ولـو كان ثمنها ديناً فأعتقها وجعل عتقها مهرها وتزوجها واولدها وافلس به ومات صح العتق، ولاسبيل عليها ولا على ولدها على رأي، وتحمل الرواية بعود الرق على وقوعه في المرض).

ما اختاره المصنف هو اختيار ابن ادريس[3]، والمحقق ابن سعيد[4]، وجمع من المتأخرين[5]، وهو الأصح؛ لأن العتق والتزويج صدرا من اهلها في محلها، فوجب الحكم بصحتها وعدم الالتفات الى ما يدل على خلاف ذلك، فإن ذلك من الأُمور القطعية التي تشهد له الأُصول الفقهية، وكذا القول بحرية ولدها وكونه نسباً.

وذهب الشيخ في النهاية إلى بطلان العتق وعودها رقاً لمولاها الأول وان ولدها رق[6]، وهو اختيار ابن الجنيد[7]، وابن البراج[8].

---

(١) الوسيلة: ٤٠٨.

(٢) الكافي ٦:١٩٢ حديث ٢، التهذيب ٨:٢٣٨ حديث ٨٥٩.

(٣) السرائر: ٣٤٦.

(٤) الشرائع ٢:٣١٢.

(٥) انظر: ايضاح الفوائد ٣:١٥٩، التنقيح الرائع ٣:١٥٨.

(٦) النهاية: ٥٤٤.

(٧) نقله عنه فخر المحققين في الايضاح ٣:١٥٩.

(٨) المهذب ٢:٣٦١.

. . . .

والمستند صحيحة هشام بن سالم عن أبي بصير قال: قال أبو عبدالله عليه السلام وأنا حاضر في رجل باع من رجل جارية بكراً إلى سنة، فلما قبضها المشتري من الغد اعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها، ثم مات بعد ذلك بشهر فقال أبو عبدالله عليه السلام: «إن كان الذي اشتراها إلى سنة له مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فإن عتقه ونكاحه جائز، وإن لم يملك مالاً أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فإن عتقه ونكاحه باطل لأنه اعتق ما لا يملك، وأرى أنها رق لمولاها الأول»، قيل له: فإن كانت قد علقت من الذي اعتقها وتزوجها ما حال الذي في بطنها فقال: «الذي في بطنها مع أمه كهيئتها»[1].

وهذه الرواية وإن كانت صحيحة الاسناد، إلّا أنها مخالفة لأُصول المذهب، مشتملة على ما ينافي جملة من الأُمور المقطوع بها، فحقها أن يعدل بها عن ظاهرها ويجمع بينها وبين الاصول المنافية لها، وقد حملها المصنف هنا على وقوع العتق والنكاح في مرض الموت، فإن الأصح عدم صحته إذا لم يكن هناك تركة يفي ثلثها به فترجع رقاً وتبيّن بطلان النكاح.

وإنما قلنا إنه حملها على ذلك فإن الضمير في (وقوعه) ليس له مرجع إلّا المذكور، وهو العتق والتزويج ولفظة (عود الرق) في كلامه يشعر باختصاصه بالأم؛ لأنه لم يسبق للولد حالة رق ليعود اليها.

وهذا الحكم وإن لم يكن بعيداً من لفظ الرواية، إلّا أن الشارح الفاضل السيد قد اعترضه بأن الرواية اقتضت عود ولدها رقاً كهيئتها، وهو منافٍ لمذهب المصنف؛ لأن بطلان العتق والنكاح لا يقتضي عود الولد رقاً، غاية ما في الباب أنها تباع في الدين.

---

(١) الكافي ٦: ١٩٣ حديث ١، التهذيب ٨: ٢٠٢ حديث ٧١٤، الاستبصار ٤: ١٠ حديث ٢٩.

. . . .

قلت: وعلى هذا ففي الحمل قصور آخر، وهو أن الرواية دلت على عودها رقاً للبائع، ومقتضى الحمل جواز بيعها في دينه لاعودها في ملكه.

وقد اعتذر الشارح الفاضل ولد المصنف في الولد بأن الرواية لا تدل على رقه؛ لأن قوله عليه السلام: «مع امه كهيئتها» لايدل على الرق بشيء من الدلالات، لأنه صادق حال حرية أُمه ظاهراً في الظاهر، والحر المسلم لا يصير رقاً[1].

وردّه شيخنا الشهيد في شرح الارشاد بأنه كلام على النص، فإن المفهوم من قوله: «كهيئتها» ليس إلاّ أن حكمه حكمها حال السؤال، وقد حكم قبل ذلك بأنها رق فيكون الولد رقاً، فهو يدل على رقية الولد بالمطابقة لأنه موضوعه، وتجويز مثل هذا التأويل يمنع التمسك بجميع النصوص.

والحق أن ما ذكره الشارح بعيد عن ظاهر الرواية[2]، وزاد شيخنا أن ولد المصنف اطلق الشراء ولم يقيّده بكونه نسيئة، وينبغي تقييده ليطابق الرواية.

وفي المختلف حمل الرواية على وقوع الشراء والعتق والتزويج في المرض [3]، واعترضه شيخنا بأن وقوع الشراء في المرض لا مدخل له في الحكم، بل المدخل للعتق، فيكون ذكره مستدركاً.

ولقائل أن يقول: إنّ عودها إلى البائع في الصورة المذكورة لا بد له من مقتض، فإذا نزّلت على كون الشراء في المرض، وأنه بأزيد من ثمن المثل بطل في البعض، فإذا فسخ البائع لتبعض الصفقة عادت إلى ملكه، وحمله بعضهم على فساد البيع وعلم المشتري به فإنه يكون زانياً[4].

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ١٦٠.

(٢) الكافي ٦: ١٩٣ حديث ١، التهذيب ٨: ٢٠٢ حديث ٧١٤.

(٣) المختلف: ٦٢٦.

(٤) انظر: التنقيح الرائع ٣: ١٥٧.

. . . .

وردّ بأن في الرواية انه اذا خلّف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق والنكاح صحيحين.

واعلم أن قول المصنف في العبارة (وافلس به) المراد به أنه لايوجد في ماله وفاء من غير أن يفلس.

و (العقدة) في الرواية المراد به العقار ونحوه.

قال في القاموس : العقدة بالضم: الضيعة والعقار الذي اعقده صاحبه ملكاً[1].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

* * *

(١) القاموس المحيط ١:٣١٦ «عقده».

المطلب الثاني: في البيع:

اذا بيع أحـد الزوجين تخيّر المشتري على الفور في امضاء العقد وفسخه، سواء دخل بها أو لا، وسواء كان الآخر حراً أو لا ، وسواء كانا لمالك واحد أو كل واحد لمالك.

ويتخيّر مالك الآخر إن كان مملوكاً لو اختار المشتري الإمضاء فيه وفي الفسخ على الفور أيضاً، سواء كان هو البائع أو غيره.

وقيل: ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرة.

قوله: (المطلب الثاني: في البيع: اذا بيع أحد الزوجين تخيّر المشتري على الفور في امضاء العقد وفسخه، سواء دخل أولا،وسواء كان الآخر حراً أو لا، وسواء كانا لمالك أو كل واحد لمالك. ويتخير مالك الآخر اذا كان مملوكاً لو اختار المشتري الامضاء فيه، وفي الفسخ على الفور أيضاً، سواء كان هو البائع أو غيره، وقيل: ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرة).

أي:اذا بيع أحـد الزوجين المملوك، سواء كانا مملوكين أو أحدهما خاصة، وسواء بيع الآخر أم لا، تخيّر المشتري تخيراً على الفور في امضاء العقد وفسخه، سواء حصل البيع قبل الدخول أو بعده، وسواء كانا لمالك واحد أو كان كل واحد لمالك، أو كانا مشتركين أو أحدهما.

وكما يتخيّر المشتري على الفور كذا يتخيّر مالك الآخر اذا كان مملوكاً تخيراً على الفور، ولو اختار المشتري امضاء النكاح أو لم يتخير شيئاً بقي خياره أو سقط، سواء كان المالك الآخر هو البائع بأن كانا مملوكين له أو مالكاً آخر، سواء تجدد شراؤه أو كان مالكاً وقت النكاح، فها هنا أحكام:

. . . .

الأول: اطبق الأصحاب على أن بيع الأمة المزوجة كالطلاق، على معنى أنه سبب في التسلط على فسخ النكاح وامضاؤه للمشتري، سواء كان الزوج حراً أم لا. وكذا مالك العبد، سواء كان هو البائع أو غيره.

وكذا اطبقوا على أن بيع العبد المزوج كالطلاق، على معنى ثبوت الخيار للمشتري ولمالك الأمة كما قررناه، إلّا اذا كانت الزوجة حرة، فإن في ثبوت الخيار هنا قولين[1]، والأصل في ذلك ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليه السلام قال: «طلاق الأمة بيعها أو بيع زوجها»[2] والمراد أنه كالطلاق في أنه تترتب عليه البينونة بالفسخ، من حيث انه مثبت للخيار على حد قوله: بنونا بنو ابنائنا وبناتنا.

فلايرد ما قيل: إنه يلزم على الحديث انحصار الطلاق في بيع أحدهما، من حيث ان المبتدأ يجب انحصاره في الخبر، وغير ذلك من الأخبار.

ولأن بقاء النكاح مظنة تضرر المالكين، وليس لهما طريق إلى التخلص من الضرر، إلّا أن التسليط على فسخ النكاح واطلاق النص شامل لما اذا كان البيع قبل الدخول وبعده، ولما اذا كان الزوجان مملوكين أو أحدهما، ولما اذا كانا لمالك واحد أو اكثر، ولما اذا بيعا معاً أو على التعاقب أو أحدهما خاصة، ولمقتضى الاطلاق يلزم ثبوت الخيار لكل من المالكين بالبيع، من حيث انه عليه السلام حكم بكونه طلاقاً واطلق.

الثاني: هذا الخيار على الفور اقتصاراً في المخالف للأصل على ما به تندفع الضرورة، فلو أخر لا لعذر سقط الخيار، ولو جهل أصل الخيار لم يقدح؛ لأنه معذور بالتأخير، ولأن الحكم بالخيار مما يخفى على اكثر الناس، فلو كان التأخير للجهل

---

(١) القول الأول: ثبوت الخيار ذهب اليه الشيخ في النهاية ٤٧٧، وابن البراج في المهذب ٢: ٢١٧، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٦٢.

القول الثاني: عدم ثبوت الخيار ذهب اليه ابن ادريس في السرائر: ٣٠٥.

(٢) الكافي ٥: ٤٨٣ حديث ٤، الفقيه ٣: ٣٥١ حديث ١٦٨١.

مسقطاً انتفت فائدته غالباً.

أما الجهل بالفورية فالظاهر أنه ليس عذراً فيسقط بالتأخير حينئذٍ؛ لأنه وجد الى الفسخ سبيلاً ولم يفعل وذلك ينافي الفور، وما ذكرناه في خيار الأمة اذا اعتقت آت هنا.

الثالث: المخالف في ثبوت الخيار اذا بيع العبد وكانت تحته حرة هو ابن ادريس[1]، محتجاً بأن الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع اليقين.

والمختار واكثر الأصحاب على الثبوت، لأن تجدد المشتري إما أن يقتضي ثبوت الخيار له أم لا، وأياً ما كان لم يفرّق بين مشتري العبد والأمة؛ لاشتراكهما في المقتضي على تقدير الاقتصار، وعدمه على تقدير العدم؛ ولأن الضرر المتوقع في تجدد الملك مع كون الزوجة أمة ثابت اذا كانت حرة، ولما رواه محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السلام قال: «إذا تزوّج المملوك حرة فللمولى أن يفرّق بينهما، وإن زوّجه المولى حرة فله أن يفرّق بينهما»[2]، وليس بغير البيع اجماعاً، فيحمل على أن له أن يفعل ما يؤول إلى التفريق، بأن يبيع فيثبت الخيار المنجر الى التفريق مجازاً.

قال ابن ادريس : هذه الرواية شاذة اوردها شيخنا في نهايته[3] ايراداً لا اعتقاداً، والقياس على بيع الأمة باطل، وقد رجع شيخنا في مبسوطه فقال:

وإن كان للعبد زوجة فباعه مولاه فالنكاح باق بالاجماع[4].

وشنع عليه المصنف في المختلف بحمل ذلك على القياس ؛ لأنه لو فقدت النصوص في هذا الباب لأمكن استفادة مساواة العبد للأمة في ذلك، من أن الشارع

---

(١) السرائر :٣٠٥.

(٢) التهذيب ٣٣٩:٧ حديث ١٣٨٧، الاستبصار ٢٠٦:٣ حديث ٧٤٤.

(٣) النهاية: ٤٧٧.

(٤) المبسوط ٢٥٧:٤، السرائر: ٣٠٥.

. . . .

لم يفرّق بينها في مثل هذه الاحكام كما لم يفرّق في التقويم وغيره[١].

قال: وقـول الشيخ في المبسـوط ليس رجوعاً عما قاله في النهاية؛ لأن بقاء النكاح لاينافي الخيار للمشتري.

اقول: المفتى به هو ما عليه الأصحاب.

الرابع: خيار المالك الآخر ثابت بالبيع كما يثبت الخيار للمشتري، ولايتقيد باختيار المشتري الامضاء وإن كان ظاهر عبارة الكتاب قد توهم ذلك، فأيهما اختار الفسخ انفسخ النكاح، سواء اختار الآخر الامضاء أو لم يختر شيئاً.

ومنع ابن ادريس ثبوت الخيار له محتجاً بأن الأصل العدم فيحتاج مثبته الى الدليل، ويمكن الاحتجاج بظاهر الحديث السابق المتضمن كون بيع الأمة طلاقها، فإنه كما يصلح للدلالة في جانب المشتري يصلح لها في جانب المالك إذ لا اولوية.

ويؤيده أن المالك الآخر إنما رضي بالعقد مع المالك الأول، والأحوال تختلف باختلاف الملّاك، وربما ترتب عليه ضرر لو بقي النكاح، فيكون ثبوت الخيار وسيلة إلى التخلص منه.

وإلى هذا القول ذهب الشيخ وجماعة[٢] منهم المصنف، ولم يصرح المفيد[٣] وابن حمزة[٤] بذلك في شيء، ولايحتاج هذا الفسخ إلى حضور الحاكم، إذ لا مقتضى له من ضرب مدة ونحو ذلك.

---

(١) المختلف: ٥٦٨.

(٢) منهم ابن البراج في المهذب ٢:٢١٧، وفخر المحققين في الايضاح ٣:١٦٠.

(٣) المقنعة: ٧٨.

(٤) الوسيلة: ٣٦٢.

ولو تعدد المُلّاك فاختار بعضهم الفسخ، قدّم اخيتاره على اختيار الراضي.

ولو باعها المالك الواحد على اثنين تخيّر كل منها، ولو اشتراها واحد تخيّر.

ومهر الأمة لسيدها، فإن باعها قبل الدخول وفسخ المشتري سقط، وإن أجاز فالمهر للمشتري.

ولو باع بعد الدخول فالمهر للبائع، سواء أجاز المشتري أو لا.

قوله: (ولو تعدد المُلّاك فاختار بعضهم الفسخ قدّم اختياره على اختيار الراضي).

أي على اختيار الراضي بالنكاح، وذلك لأن اختيار الراضي بالنكاح يقتضي تقريره ولزومه من جانبه، فيبقى تزلزله من جانب غيره، فإذا اختار الفسخ انفسخ. ومثله ما اذا اشترك الخيار بين البائع والمشتري، فاختار احدهما الامضاء والآخر الفسخ.

قوله: (ولو باعها المالك الواحد على اثنين تخيّر كل منها، ولو اشتراها واحد تخيّر).

وجهه: قيام المقتضي في كل منها، فإن الحديث السابق دلّ على أن بيع كل من الأمة والعبد بمنزلة الطلاق، ولا أثر في ذلك؛ لتعدد البائع واتحاده وكذا المشتري.

قوله: (ومهر الأمة لسيدها، فإن باعها قبل الدخول وفسخ المشتري سقط، وإن أجاز فالمهر للمشتري، ولو باع بعد الدخول فالمهر للبائع، سواء اجاز المشتري أو لا).

لايخفى أن المهر عوض البضع، فإن في النكاح شائبة المعاوضة، فالمهر وحق العوض أن يكون لمالك العوض، وحيث كان بضع الأمة مملوكاً للسيد فالمهر له

. . . .

لامحالة، فإن باعها قبل الدخول فقد قررنا أن للمشتري الخيار، فإن فسخ سقط المهر.

فإن الفرقة قبل الدخول توجب سقوط المهر اذا كانت من الزوجة، وكذا اذا كانت من السيد فإنه مالك البضع فالفرقة منه كالفرقة منها. وإن اجاز النكاح لزم وكان المهر له؛ لأن الاجازة كالعقد المستأنف فيطالب بجميع المهر، ولو كان الزوج قد اقبضه الأول استرده منه ودفعه إلى الثاني.

ذهب الى ذلك ابن ادريس [١]، وجماعة منهم المصنف، والمحقق ابن سعيد [٢]، وغيرهما [٣].

وقال الشيخ في النهاية: إذا زوّج الرجل جاريته من غيره وسمّى لها مهراً معيناً، وقدّم الرجل من جملة المهر شيئاً معيناً ثم باع الرجل الجارية، لم يكن له المطالبة في المهر ولا لمن يشتريها، إلّا أن يرضى بالعقد [٤].

وتبعه ابن البراج [٥]، وقال في المبسوط: إن المهر إن كان قد قبضه الأول فهو له، فإن كان بعد الدخول فقد استقر، وإن كان قبله ردّ نصفه، وإن كان لم يقبضه فلا مهر لها لا للأول ولا للثاني، فإن اختار المشتري امضاء العقد ولم يكن قد قبض الأول المهر كان للثاني؛ لأنه تجدد في ملكه، فإن دخل بها بعد الشراء فقد استقر له الكل.

وإن طلقها قبل الدخول كان عليه نصف المهر للثاني، فإن كان الأول قد قبض المهر ورضي الثاني بالعقد لم يكن له شيء، لأنه لايكون مهران في عقد واحد.

---

(١) السرائر: ٣١٦.

(٢) الشرائع ٢: ٣١٣.

(٣) انظر: التنقيح الرائع ٣: ١٦٢.

(٤) النهاية: ٤٩٩.

(٥) المهذب ٢: ٢٢٠.

وإن باعها قبل الدخول فرضي المشتري بالعقد ودخل بها الزوج بعد البيع كان نصف المهر للسيد الأول ونصفه للثاني؛ لأن النصف الآخر استقر بالدخول وكان ذلك في ملك الثاني.

فإن كان الأول قد قبض بعض المهر ثم باعها لم يكن له المطالبة بباقي المهر، سواء دخل بها أو لم يدخل؛ لأنه حال بينه وبين الاستمتاع بها، وإن كان الثاني قد رضي بالعقد كان له المطالبة بباقي المهر، وإن لم يرض لم يكن له ذلك[1].

هذا كلامه، وفي بعض شقوق المسألة تدافع، ومع ذلك فقد تضمن أن لقبض الأول المهر أو بعضه تأثيراً في استحقاقه وعدمه، وهو موافق لمختاره. وحجته رواية سعدان بن مسلم عن أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام: في رجل تزوّج مملوكة من رجل على اربعمائة درهم، فعجل له مائتي درهم ثم أخّر منه مائتي درهم فدخل بها زوجها، ثم ان سيدها باعها بعد من رجل، لمن تكون المائتان المؤخرة عنه؟ فقال: «إن لم يكن اوفاها بقية المهر حتى باعها فلا شيء عليه له ولا لغيره»[2].

وقد نزلها المصنف في المختلف على أن المراد بالدخول الخلوة دون الايلاج، وقوله: «ان لم يكن أوفاها بقية المهر» معناه إن لم يكن فعل الدخول الذي باعتباره يجب أن يوفيها المهر ثم باعها لم يكن له شيء للفسخ بالبيع من قبله قبل الدخول، ولا لغيره اذا لم يجز العقد[3].

ولاريب في بُعد هذا التنزيل، ولو اكتفى بحمل الدخول على الخلوة لكان ذلك كافياً في عدم دلالتها.

فإن قيل: قوله: (إن لم يكن أوفاها...) يقتضي أن يكون عدم الوفاء شرطاً

---

(١) المبسوط ٤: ١٩٨.

(٢) الفقيه ٣: ٢٨٨ حديث ١٣٧٠، التهذيب ٧: ٤٨٤ حديث ١٩٤٥.

(٣) المختلف: ٥٧٥.

. . . .

لعدم استحقاقه واستحاق غيره شيئاً فيستحق مع عدم الشرط.

قلنا: اذا لم يستحق شيئاً مع عدم الوفاء فمعه بطريق أولى، هذا قول الشيخ[١].

وأما قول الأصحاب فيمكن أن يحتج له بأن البضع ومنافعه ينتقل الى السيد الثاني وهو المشتري، فإذا كان البيع قبل الدخول وجب أن يسقط حق الأول من المهر؛ لأن البيع كالطلاق، ولأنه قد تعذر تسليمه للبضع فانتفى المعوض من قبله، فوجب أن يسقط استحقاقه للعوض، ولما اعتبرنا اجازة الثاني وجب أن يكون كالعقد المستأنف في استحقاق المهر، ولا بعد في ذلك؛ لأن المعوض الآن حق له فليكن العوض كذلك.

فإن قيل: قد وجب المهر قبل البيع فليكن للأول؛ لأنه وجب في ملكه والاجازة تقرره.

قلنا: لم يجب مجاناً، بل في مقابل العوض وهو منافع البضع، وقد خرجت عنه بالبيع قبل التسليم وتعذر تسليمها، فكيف يتصور بقاؤها للأول.

فإن قيل: قد سبق في الأمة المزوجة اذا اعتقت قبل الدخول فاختارت، أن المهر للسيد إن اوجبناه بالعقد، ومقتضاه هنا أن يكون المهر للبائع.

قلنا: يمكن الفرق بان البيع معاوضة تقتضي تمليك المنافع تبعاً للعين، فتصير منافع البضع مملوكة للمشتري، ولولاه لم يصح البيع لجهالته وقت الانتفاع، كما لو اسكنه عمر أحدهما ثم باع الدار فإنه لايصح البيع على الأصح. بخلاف العتق فإنه لا يقتضي تمليكاً، وإنما هو فك ملك ففي الأمة المزوجة تكون المنافع كالمستثناة للسيد وفي البيع ينتقل الى المشتري.

ولعل هذا هو منشأ الخيار فيه، ومما قررناه علم أن قول الأول اقوى، وهذا اذا

---

(١) المبسوط ٤:١٩٨.

كان البيع قبل الدخول، أما اذا كان بعده فإن المهر للبائع، سواء أجاز المشتري أم لا،وسواء قبض شيئاً من المهر أم لا، خلافاً للشيخ[1] كما سبق.ووجهه ظاهر مما قررناه، فإن الدخول موجب لاستقرار المهر لحصول مقصود المعاوضة حتى لو طلق لم يؤثر فيه، ولم يسقط منه شيء بالبيع بطريق أولى.

فائدة: ذكر المصنف في التحرير بأن اجازة المشتري للنكاح كالعقد المستأنف، وكذا غيره[2]. والظاهر أن المراد بذلك كون نكاح الأمة المبيعة قد انقلب من اللزوم الى نحو العقد الفضولي.

وقد يتفرع على ذلك كون المهر كله للمشتري إذا أجاز قبل الدخول، ووجهه: إن البيع معاوضة حقيقية تستتبع المنافع فيقتضي دخولها فتدخل منافع البضع في ملك المشتري، ولولاه لم يصح البيع لصيرورة المبيع مجهولاً لجهالة وقت الانتفاع، فيصير العقد بالاضافة اليه كالفضولي.

بخلاف العتق فإنه يقتضي فك الملك عن الرقبة،وبعد انقطاع السلطنة عنها يلزم انقطاعها عن المنافع مالم يسبق ثبوت السلطنة عليها قبل العتق، فلايلزم زوال النكاح أصلاً ورأساً وإن صار متزلزلاً.

فإن قيل: قوله عليه السلام: «ملكت بضعك فاختاري»[3] يقتضي ثبوت ملكيتها، فكيف تكون مملوكة للزوج.

قلنا: هذا كناية عن رفع سلطنة المولى عنها، إذ ليس هناك ملك أصلاً، أو أنه عليه السلام أراد بملك البضع ثبوت الخيار المفضي إليه، كأنه قال: ثبت لك الخيار المفضي الى قطع السلطنة عن البضع فاختاري.

---

(١) المبسوط ٤:١٩٨.

(٢) التحرير ٢:٢٣.

(٣) التهذيب ٧:٣٢٢ حديث ١٣٩٦، سنن البيهقي ٧:٢٢٠.

ولو باع عبده فللمشتري الفسخ، وعلى المولى نصف المهر للحرة، ومنهم من أنكرها.

قوله: (ولو باع عبده فللمشتري الفسخ، وعلى المولى نصف المهر للحرة، ومنهم من انكرها).

قد بيّنا أنه اذا باع العبد يثبت للمشتري الخيار في فسخ النكاح وإن كانت الزوجة حرة، وبيّنا دليله وحكينا خلاف ابن ادريس[1] وبيّنا ضعفه.

وأما المهر فإن متعلقه ذمة المولى على أصح الأقوال وقد تقدّم، فإن كان البيع بعد الدخول فقد استقر المهر ووجب جميعه للزوجة الحرة على المولى، وإن كان قبله ففي وجوب جميعه أو نصفه قولان للأصحاب:

أحدهما: ـ وهو اختيار الشيخ[2]، والأكثر[3] ـ وجوب النصف، إما بناء على أن العقد يوجب نصف المهر ويجب بالدخول النصف الآخر، أو لأن الفسخ في معنى الطلاق؛ لاشتراكهما في ابانة عصمة النكاح فيستويان في حكم المهر، ولرواية علي بن حمزة عن أبي الحسن عليه السلام: في رجل زوّج مملوكاً له امرأة حرة على مائة درهم، ثم باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: «يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزلة دين استدانه بأمر سيده»[4].

والثاني: ـ وهو اختيار ابن ادريس[5] ـ وجوب الجميع بناءً على أن المهر كله يجب بالعقد، وتشطره بالطلاق ثبت بالنص[6] والاجماع، والحاق الفسخ به قياس باطل.

---

(١) السرائر: ٣٠٥.

(٢) النهاية: ٤٩٩.

(٣) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢٥٠، وفخر المحققين في الايضاح ٣: ١٦١.

(٤) الفقيه ٣: ٢٨٩ حديث ١٣٧٥، التهذيب ٨: ٢١٠ حديث ٧٤٥.

(٥) السرائر: ٣١٧.

(٦) البقرة: ٢٣٧.

ولو باع أمة وادعى أن حملها منه فأنكر المشتري، لم يقبل قوله في فساد البيع.

وفي قبول الالتحاق به نظر ينشأ: من أنه اقرار لا ضرر فيه، ومن امكان الضرر بشرائه قهراً لو مات أبوه عن غير وارث.

واعلم انا قد أوجبنا في نظير هذه المسألة من الرضاع وغيره وجوب جميع المهر.

واستشكل المصنف ثَمّ وجزم بوجوب النصف هنا، والفرق وجود النص هنا وانتفاؤه هناك، ولايضر ضعفه مع عمل اكثر الأصحاب، والفتوى على الأول.

وقوله: (ومنهم من انكرها) يشير بالمنكر إلى ابن ادريس، واراد بضمير التثنية ثبوت خيار الفسخ اذا بيع العبد وتحته حرة ووجوب نصف المهر فقط، وقد حققنا ذلك.

قوله: (ولو باع أمة وادعى أن حملها منه فأنكر المشتري، لم يقبل قوله في فسادالبيع، وفي قبول الالتحاق به نظر ينشأ: من أنه اقرار لاضرر فيه، ومن امكان الضرر بشرائه قهراً لو مات أبوه عن غير وارث).

ليست هذه المسألة من مسائل هذا الباب، لكنه لما ذكر بيع الأمة لبيان حكم النكاح الذي هو مقصود الباب استطرد إلى هذا الحكم المبتني على البيع، وتحقيق ما هناك أنه اذا باع الأمة سيدها ثم ظهر بها حمل فادعى أنه منه ينقسم الى صورتين: أن يقطع بكون الحمل قبل البيع، بأن تلده لدون ستة اشهر من حين البيع، وأن يجوز الامر بأن كان تلده لدون اقصى مدة الحمل ولم يدخل بها المشتري، فإنها مع دخوله تصير فراشاً والولد للفراش.

ولاريب أن دعوى البائع هذه لو صحت لوجب الحكم بفساد البيع، فإن بيع ام الولد في غير المواضع المستثناة باطل فلايقبل في فساد البيع، فإنه قد ثبت وحكم بصحته ظاهراً فلايقدح فيه دعوى البائع ولا يلتفت اليه إلّا بالبينة.

نعم لو ادعى عليه العلم فأنكر حلف لنفيه، وهل تقبل هذه الدعوى من حيث

. . . .

انها متضمنة اقراره بنسب الولد، فيحكم بلحاق الولد به؟ ينبغي القول في الصورة الأُولى؛ لانتفاء المانع فإنه ليس إلّا لزوم فساد البيع، وقد بينا أنه لايفسد بمجرد قول البائع.

وفي القبول في الثانية نظر.

فإن قيل: الدعوى الواحدة إن كانت مقبولة وجب قبولها في الأمرين معاً، وإن كانت مردودة فهي مردودة بالنسبة الى الأمرين معاً، لأن قبولها في احدهما دون الآخر يقتضي اجتماع القبول والرد فيها وهو باطل.

قلنا: قد اسلفنا أن العمل بالأصلين المتنافيين في حقوق الناس واجب؛ لأنها مبنية على التضيق، وكل حق يثبت للمشتري واقتضت الدعوى المذكورة بطلانه يجب الحكم بعدم قبولها فيه، وفيما سوى ذلك يجب قبولها توفيرا على كل مقتضاه.

ومنشأ النظر: من أن المذكور اقرار لاضرر فيه على المشتري؛ لأنه لاضرر عليه في كون عبده ابناً لزيد البائع، وكل اقرار كذلك يجب قبوله، لعموم «اقرار العقلاء على انفسهم جائز»[1]. ومن أن نفوذ هذا الاقرار وثبوت هذا النسب يتوقع فيه الضرر، لامكان أن يموت المقر عن غير وارث ويخلف تركة.

فإنه على تقدير ثبوت النسب يشترى من التركة ولو قهراً على سيده ليعتق ويحوز الارث، ولاشك في كون ذلك ضرراً على السيد فلايكون الاقرار نافذاً.

ولقائل أن يقول: يمكن الحكم بالالتحاق إلّا في حق المشتري، وتقريبه يعلم مما تقدّم، وتظهر الفائدة فيما لو اشتراه البائع فإنه يحكم عليه بعتقه، وكذا لو مات عن غير وارث فباعه المشتري مختاراً للحاكم وأدى الثمن من التركة واعتقه، فإنه يجب أن يحكم بارثه، عملاً بالاقرار السالم عن معارض، وهذا اقرب.

---

(١) عوالي اللآلي ٢: ٢٥٢ حديث ٥.

المطلب الثالث: في الطلاق:

طلاق العبد بيده اذا تزوّج باذن مولاه، ولا اعتراض لمولاه، سواء كانت زوجته حرة أو أمة لغير مولاه.

وليس له اجباره عليه ولا منعه منه،

ولايخفى أن نفوذ الاقرار يشترط فيه كون المقر به حين الاقرار صغيراً ويصدقه.واعلم أن قول المصنف: (لم يقبل قوله في فساد البيع) يريد به أنه لايقبل بمجرده، فأما اذا أقام بينة أو حلف اليمين المردودة فإنه يقبل قطعاً.

ولو أنه باع الأمة والحمل معاً، ثم ادعى كونه ولده لم تسمع دعواه أصلاً؛لكونها مناقضة للبيع المقتضي لكونه مملوكاً، فلا يسمع ما ينافيه، وفي الالتحاق هنا نظر من وجه آخر وهو المناقضة.

فإن قيل: كيف جزم بعدم القبول في فساد البيع، وتردد في الالتحاق.

قلنا: لأن فساد البيع يقتضي ابطال حق موجود للمشتري، فلم يقبل الاقرار فيه؛بخلاف الالتحاق فإن ضرره متوهم.

قوله:(المطلب الثالث: في الطلاق: طلاق العبد بيده اذا تزوج باذن مولاه ولا اعتراض لمولاه، سواء كانت زوجته حرة أو أمة لغير مولاه، وليس له اجباره عليه ولا منعه منه).

المشهور بين الأصحاب أن طلاق العبد بيده ليس للسيد فيه دخل، فليس له اجباره عليه ولا منعه منه اذا كان هو قد تزوج باذن السيد، سواء كانت زوجته حرة أو أمة بشرط أن تكون الأمة لغير السيد.والحجة ما روي من قوله عليه السلام:

. . . .

«الطلاق بيد من أخذ بالساق»[١].

ولرواية ليث المرادي عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن جواز طلاق العبد فقال: «إن كانت امتك فلا إن الله تعالى يقول: ﴿عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾، فإن كانت أمة قوم اخرين أو حرة جاز طلاقه»[٢].

وهذه وإن كانت غير دالة على منع السيد من الطلاق، لكن دلالتها على جواز الطلاق منه يقتضي ذلك؛ لأن التشريك بينهما في الطلاق لا قائل به.

وحسنة علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام، عن ابائه، عن علي عليه السلام: «إن رجلاً أتاه بعبد زعم أنه تزوج بغير اذنه، فقال علي عليه السلام: «فرق بينهما»، فقال السيد لعبده: يا عدو الله طلق، فقال علي عليه السلام: «الآن فإن شئت فطلق وإن شئت فأمسك»، فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته في يد غيري، قال: «ذلك لأنك حيث قلت له: طلق اقررت له بالنكاح»[٣].

وفقه الحديث: إن الأمر بالطلاق يستدعي نكاحاً صحيحاً وهو يستلزم الاجازة من السيد؛ لامتناع صحة نكاح العبد بدون اذن المولى واجازته، وخالف هنا فريقان:

الأول: ابن الجنيد[٤]، وابن أبي عقيل[٥]، حيث نفيا ملكية العبد الطلاق من رأس؛ لرواية زرارة عن الباقر والصادق عليهما السلام: «المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلّا باذن سيده» قال: فإن زوّجه السيد بيد مَن الطلاق؟ قال: «بيد السيد

---

(١) سنن ابن ماجة ١:٦٧٢ حديث ٢٠٨١، سنن البيهقي ٧:٣٦٠.

(٢) الكافي ٦:١٦٨ حديث ٢، التهذيب ٧ :٣٤٨ حديث ١٤٢٣، الاستبصار ٣:٢١٦ حديث ٧٨٥.

(٣) التهذيب ٧:٣٥٢ حديث ١٤٣٣.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٩١.

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٩١.

إلّا أن تكون أمة لمولاه، فإنّ طلاقه بيد المولى، وله التفريق بغير طلاق مثل فسخت عقدكما، أو يأمر كلًّا منهما باعتزال صاحبه، وليس بطلاق فلا تحرم في الثاني لو تخلله رجعة.

﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لايقدر على شيء﴾ الشيء الطلاق»[1].

ولرواية شعيب العقرقوفي عن الصادق عليه السلام، وقد سئل عن طلاق العبد فقال: «لا طلاق ولا نكاح إلّا باذن مولاه»[2].

والنكرة المنفية للعموم، والجواب الحمل على ما اذا تزوج بأمة مولاه؛ لأن ما تقدم اخص، والخاص مقدّم. قال المصنف في المختلف: وقول ابن أبي عقيل وابن الجنيد ليس عندي بعيداً من الصواب، والأصح ما عليه الاكثر.

الثاني: أبو الصلاح، حيث قال: لسيده أن يجبره على الطلاق[3] ؛لأن تنفيذ أمره وطاعته عليه واجب، ولأن له اجباره على النكاح، فكان له اجباره على رفعه وفسخه، ولرواية زرارة وشعيب السالفتين.

والجواب: المنع من عموم وجوب تنفيذ أمره، ولا يلزم من جواز اجازته على النكاح ثبوت ملكه في الطلاق، والروايتان لا حجة فيهما؛ لأنهما عامتان والأخبار المتقدمة اخص والخاص مقدّم، والمذهب ما عليه الأكثر.

قوله: (إلّا أن تكون أمة لمولاه فإن طلاقه بيد المولى، وله التفريق بغير طلاق، مثل فسخت عقدكما، أو يأمر كلًّا منهما باعتزال صاحبه وليس بطلاق، فلا تحرم في الثاني لو تخلله رجعة).

هذا استثناء من قوله: (طلاق العبد...) فإنه لم يدل على أن طلاق أمة المولى

---

(١) التهذيب ٣٤٧:٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٢١٤:٣ حديث ٧٨٠.

(٢) التهذيب ٣٤٧:٧ حديث ١٤٢١، الاستبصار ٢١٥:٣ حديث ٧٨٢.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٩٧.

اذا كانت زوجته ليس بيده إلاّ بمفهوم المخالفة من قوله: (أمة لغير مولاه)، وتحقيقه: إن زوجة العبد اذا كانت أمة لمولاه فإن طلاقها وازالة قيد نكاحها هو بيد المولى ولا دخل للعبد فيه اجماعاً.

ويدل عليه من النصوص صحيحة محمد بن مسلم: قال: سألت الباقر عليه السلام عن قول الله تعالى: ﴿ والمحصنات من النساء إلاّ ما ملكت ايمانكم﴾ قال: «هو أن يأمر الرجل عبده وتحته أمة فيقول له: اعتزل امرأتك ولا تقربها، ثم يحبسها حتى تحيض ثم يمسها»[١].

ورواية ليث المرادي السابقة[٢] فإنها نص في الباب، وكذا رواية زرارة[٣] ورواية شعيب[٤] السالفتان فانهما منزلتان على أمة المولى اذا تقرر ذلك، فللمولى التفريق بلفظ الطلاق وبلفظ الفسخ وبالأمر بالاعتزال كما دلت عليه الاخبار.

فأما الطلاق فلفظه ظاهر، وأما الفسخ فهو فسخت نكاحكما، أو عقدكما وما جرى مجراه.وأما الامر بالاعتزال فحقيقته أن يأمر كلًا منهما باعتزال صاحبه، وقد دلت رواية محمد بن مسلم على ذلك؛ لأن فيها: «فيقول له: اعتزل امرأتك ثم يحبسها حتى تحيض » لأن الظاهر أن المراد بحبسها منعها منه واعتزالها إياه واذا كان الأمر بالاعتزال كافياً في ازالة النكاح فالفسخ أولى منه ويتفرع على ذلك مسائل:

الأولى: اذا طلّق المولى بلفظ الطلاق فاللائح من عبارة المصنف انه يعد في الطلاق، فإن قوله في التفريق بغير طلاق: (وليس بطلاق) يشعر بأن التفريق بالطلاق يعد طلاقاً، وكذا عبارة الارشاد والتحرير[٥]، وعلى هذا فيشترط فيه شروط الطلاق

(١) النساء: ٢٤، الكافي ٨١:٥ حديث ٢، التهذيب ٣٤٦:٧ حديث ١٤١٧.

(٢) الكافي ١٦٨:٦ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٨ حديث ١٤٢٣.

(٣) التهذيب ٣٤٧:٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٢١٤:٣ حديث ٧٨٠.

(٤) التهذيب ٣٤٧:٧ حديث ١٤٢١، الاستبصار ٢١٥:٣ حديث ٧٨٢.

(٥) التحرير ٥٢:٢.

. . . .

كلها.

وبذلك صرح بعض الأصحاب[١]، وهذا إنما يستقيم اذا قلنا بأن تزويج السيد عبده بأمته عقد نكاح، أما اذا قلنا انه اباحة فلا، ولم يرجّح المصنف فيما تقدّم واحداً من الأمرين.

الثانية: اذا فسخ المولى بلفظ الفسخ أو الأمر بالاعتزال في عدّه طلاقاً قولان:

صرّح المصنف هنا وفي غير هذا الكتاب بأنه لايعد[٢]، فإن قوله هنا: (وليس بطلاق) يريد به وليس واحد من الأمرين اللذين قبله، اعني: فسخت، والأمر بالاعتزال، وكأنه يريد بعدم عدّه طلاقاً العموم، سواء قلنا إن هذا نكاح أو اباحة.

أما اذا قلنا إنه اباحة فظاهر؛ لأن وقوع الطلاق فرع ثبوت النكاح. وأما على أنه نكاح؛ فلأنه لم يقع بلفظ الطلاق، والطلاق لايقع بالكناية عندنا، ولأن فسخ النكاح الحقيقي بلفظ الفسخ لايعد طلاقاً في شيء من الأبواب كالفسخ بالعتق والعيب والتدليس وغيرها فهنا هنا أولى.

وإلى هذا ذهب ابن ادريس[٣]، والمصنف، وابن سعيد[٤]، وهو الأصح، والقول الثاني للأصحاب: أنه طلاق ـ وهو قول الاكثر[٥] ـ وأنه أحد الطريقين لدفع قيد النكاح فكان كالخلع، ولأن المولى مخيّر بين الأمرين، اعني: الطلاق والفسخ، فلولا أن كل واحد منها كالآخر في حصول المقصود منه امتنع الاكتفاء به عنه، وليس هو

---

(١) صرح به الصدوق في الفقيه ٣: ٣٥٠.

(٢) المختلف: ٥٦٨.

(٣) السرائر: ٣٠٦.

(٤) الشرائع ٢: ٣١٦.

(٥) منهم الشيخ المفيد في المقنعة: ٧٧، والشيخ الطوسي في النهاية: ٤٧٨، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٩٧، وابن البراج في المهذب ٢: ٢١٨.

ولو استقل العبد بالطلاق وقع على اشكال.

كالفسخ بالعيب ونحوه، لأن البدلية عن الطلاق ثم منتفية بخلاف ما هنا، ولأنه اقرب إلى الاحتياط، ويضعف بأنه لايلزم من زوال قيد النكاح به أن يكون كالطلاق في جميع احكامه.

فإن قلنا بالأول لم يشترط فيه شروط الطلاق ولم يعد في الطلقات، فلو رجع باذن المولى بعده في محل الرجعة، أو استأنف النكاح بالاذن بعد الحيض لم تحرم بالفسخ الثاني إلى أن ينكح زوجاً غيره.

والى هذا أشار المصنف بقوله: (فلاتحرم في الثاني لو تخلله رجعة) أي: فلا تحرم في الفسخ الثاني لو تخلل بينه وبين الفسخ الأول رجعة. ولايخفى أنه يعتبر في الرجعة اذن السيد كما في النكاح، ومثل الرجعة استئناف النكاح في محله وإن اهمله المصنف لظهوره. والمراد بالتحريم التحريم إلى أن تنكح زوجاً غيره، لأن هذا شأن الأمة بعد تطليقتين وإن قلنا بالثاني ثبت جميع ذلك.

المسألة الثالثة اشار اليها المصنف بقوله: (ولو استقل العبد بالطلاق وقع على اشكال).

وتحقيقها: إن العبد المزوج بأمة سيده باذنه اذا اوقع طلاقها استقلالاً من دون اذن السيد، هل يقع الطلاق أم لا؟ فيه اشكال ينشأ: من دلالة رواية ليث المرادي على عدم الوقوع، فإن فيها قوله عليه السلام: «ان كانت أمتك فلاإن الله تعالى يقول: ﴿عبداً مملوكاً لايقدر على شيء﴾»[1]، وهي نص .

وقريب منها رواية زرارة[2]، ورواية شعيب[3] السابقتان.

ومن أنه زوج فيقع طلاقه لقوله عليه السلام: «الطلاق بيد من أخذ

---

(١) الكافي ٦:١٦٨ حديث ٢، التهذيب ٧:٣٤٨ حديث ١٤٢٣.

(٢) التهذيب ٧:٣٤٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٣:٢١٤ حديث ٧٨٠.

(٣) التهذيب ٧:٣٤٧ حديث ١٤٢١، الاستبصار ٣:٢١٥ حديث ٧٨٢.

ولـو أمـره بالـطلاق فالأقـرب أنه فسخ إن جعلناه اباحة، وإلاّ فاشكال،

بالساق»[١]، ويضعف بدلالة ما سبق على اختصاص ذلك بما عدا صورة النص، وحقق الشارح الفاضل بناء الوقوع على كونه نكاحاً، وعدمه على كونه اباحة[٢].

ويبـطل بأنـه على الاباحة يمتنع القول بوقوع الطلاق من كل من العبد والسيد، فلا يجيء الوجهان إلاّ على القول بالنكاح، والأصح عدم الوقوع.

المسـألة الرابعة اشار إليها المصنف بقوله: (ولو أمره بالطلاق فالأقرب انه فسخ إن جعلناه اباحة، وإلاّ فاشكال).

وتحقيقها: إنه اذا أمر السيد عبده المزوج بأمة السيد بالطلاق فهل يكون مجرد أمر السيد فسخاً للتزويج أم لا؟ فيه وجهان، فإن جعلنا هذا التزويج اباحة فأقرب الوجهين أنه فسخ، وإن جعلناه نكاحاً فاشكال ينشأ: من تكافؤ الوجهين، وجه القرب على القول بالاباحة أن عصمة هذا التزويج على تقدير أنه اباحة ضعيفة يكفي في رفعها ادنى سبب يدل على المنع.

ولاريب أن الأمر بالطلاق دال عليه، ولأن الأمر بالاعتزال فسخ بالنص [٣] والاجماع، مع عدم صراحته في ارادة قطع تلك العصمة، فالأمر بالطلاق أولى؛ لأنه ادل على ارادة قطعها من الأمر بالاعتزال، وفي هذا الوجه قوة ويحتمل ضعيفاً العدم عنده؛ لأن المفهوم من الأمر بالطلاق ارادة ايجاده من العبد، فلا يحصل قبله.

ويضعف بأن هذا مدلوله المطابقي، والمدعى هو المدلول الالتزامي، ولأن الأمر بالـطلاق يستـدعي بقاء الزوجة إلى حين ايقاعه، فلو دل على الفسخ قبله لتنافى

---

(١) سنن ابن ماجة ١:٦٧٢ حديث ٢٠٨١، سنن البيهقي ٧:٣٦٠.

(٢) ايضاح الفوائد ٣:١٦٢.

(٣) الكافي ٥:٤٨١ حديث ٢، التهذيب ٧:٣٤٦ حديث ١٤١٧.

وكذا الاشكال لو طلّق العبد.

مدلولاًاللفظ. وللمانع أن يمنع هذا الاستدلال، فإن المستدعى هو صحة الطلاق، أما الأمر به فلا، ولأنه لو دلّ على الفسخ لامتنع فعل مقتضاه فيمتنع الخطاب به.

والتالي معلوم البطلان، والملازمة ظاهرة؛ لأن الفسخ اذا وقع امتنع الطلاق، وبطلان التالي ممنوع. ولأن أمره بالطلاق يدل على طلب الامتثال، وذلك يقتضي ارادة عدم الفسخ ضرورة، وفيه منع.

وأما تكافؤ الوجهين على القول بالنكاح: فلأن الرافع للنكاح ابتداء من غير توسط أمر آخر كعيب ونحوه هو الطلاق، والأمر به لا يعد طلاقاً قطعاً، فيبقى النكاح معه، ويحتمل افادته مفاده؛ لأنه أقوى في الدلالة على مقصوده من الأمر بالاعتزال، وعدم الوقوع على القول بأنه نكاح قريب.

المسألة الخامسة اشار اليها المصنف بقوله: (وكذا الاشكال لو طلق العبد).

وتحقيقها: أنه في الصورة المذكورة اذا أمر السيد العبد بالطلاق فطلق هل يقع أم لا؟ ذكر المصنف فيه اشكالاً، وعلى تقدير وقوعه هل يعد طلاقاًأو فسخاً؟ لم يتعرض إليه المصنف. ومنشأ الاشكال: من وقوع الصيغة من أهلها في محلها، وذلك لأنه إنما منع منه لكونه بيد المولى، فاذا أمره به صار نائباً عنه، فوجب الحكم به؛ لزوال المانع. وقد دلت رواية زرارة[١] على وقوع طلاق العبد باذن السيد كالنكاح، وبينا بأنها منزلة على ما اذا نكح أمة المولى.

ولعموم: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»[٢]، خرج منه ما اذا لم يأذن المولى فيبقى الباقي على أصله متناولاً لصورة النزاع.

ومن أن ظاهر رواية محمد بن مسلم[٣] انحصار الفرقة هنا في أمر السيد

---

(١) التهذيب ٣٤٧:٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٢١٤:٣ حديث ٧٨٠.

(٢) سنن ابن ماجة ٦٧٢:١ حديث ٦٧٢، سنن البيهقي ٣٦٠:٧.

(٣) الكافي ٤٨١:٥ حديث ٢، التهذيب ٣٤٦:٧ حديث ١٤١٧.

ولو طلّق الأمة زوجها ثم بيعت، أكملت العدة وكفت عن الاستبراء على رأي.

بالاعتزال، لاسيما على القول بأنه اباحة لا نكاح، فإن الطلاق لايجامع الاباحة فيقع لاغياً.

والأصح الوقوع، ودليل الثاني ضعيف، وعلى ما اخترناه من كون هذا التزويج نكاحاً فهو محسوب طلاقاً؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع، وعلى أنه اباحة، فإن قلنا بوقوعه كان فسخاً وإلّا كان لغواً.

قولـه: (ولو طلّق الأمة زوجها ثم بيعت اكملت العدة وكفت عن الاستبراء على رأي).

لو طلق الأمة زوجها بعد الدخول بها، سواء كان الزوج حراً أو عبداً، وسواء كانا مملوكين لواحد أو لمتعدد، ثم باع السيد الأمة فهل يكفي اكمال العدة عن استبراء المشتري؟ فيه قولان:

احدهما: ـ واختاره الشيخ في النهاية[1]، وابن البراج[2]، وابن ادريس[3] ـ إنه لايكفي فيجب بعد العدة الاستبراء ولا تحل للمشتري بدونه؛ لأنهما حكمان مختلفان لمكلفين ولكل منهما سبب يقتضيه، فاسقاط احدهما بالآخر يحتاج الى دليل.

والثاني: ـ واختاره المصنف في المختلف[4] ـ إنه يكفي ؛ لأن الغرض من الاستبراء العلم ببراءة الرحم، ولهذا يكفي استبراء البائع لها بالنسبة إلى المشتري، ويسقط لو كانت أمة امرأة أو حائضاً، والعدة ادل على ذلك، ولأنها بقضاء العدة

---

(١) المبسوط ٥:٢٦٩.

(٢) المهذب ٢:٣٣٣.

(٣) السرائر: ٣١٥.

(٤) المختلف: ٥٧٢.

الفصل الثالث: في الملك، وفيه مطلبان:

الاول: ملك الرقبة، ويجوز أن يطأ بملك اليمين ما شاء من غير حصر،

مستبرأة فلا يجب عليها استبراء آخر، ولأن وجوب الاستبراء بالبيع إنما هو من احتمال وطء البائع لغرض وطء المشتري، وكلاهما ممتنع في صورة النزاع، وهذا اصح.

والظاهر عدم الفرق بين ما اذا طلقت ثم بيعت وعكسه ووقوعهما معاً، ولو أن المصنف أتى بالواو عوض ثم في قوله: (ثم بيعت) لصحت العبارة للصور.

قوله: (الفصل الثالث: في الملك وفيه مطلبان:

الأول ملك الرقبة: ويجوز أن يطأ بملك اليمين ما شاء من غير حصر).

تقدّم أن نكاح الاماء يستباح بأمرين: العقد والملك، وقد سبق الكلام على العقد على الاماء مستوفىً، وهذا الفصل لبيان أحكام النكاح بالملك، ولما كان دائراً بين ملك الرقبة وملك المنفعة بيّن أحكامه في مطلبين وابتدأ بملك الرقبة؛ لأنه الأصل في الباب.

وقد تطابق الأصل والاجماع من كافة أهل الاسلام على جواز النكاح بملك اليمين، ونصوص الكتاب[1] والسنة[2] بذلك متواترة، ويؤيدها أن جميع منافع الأمة حق لسيدها، ومن جملة المنافع البضع.

وكما أنه لاخلاف في حل الوطء بملك اليمين كذا لاخلاف في أن الموطوءآت

---

(١) النساء: ٢٥.

(٢) الكافي ٥: ٤٧٤ باب السراري والاماء، الفقيه ٣: ٢٨٥ باب ١٤١، التهذيب ٨: ١٩٨ باب ٩.

فإن زوّجها حرمت عليه حتى النظر إليها بشهوة، أو إلى ما يحرم على غير المالك إلى أن يطلّقها وتعتد إن كانت ذات عدة.

لا ينحصرن في عدد، بخلاف النكاح بالعقد. ويدل عليه قبل الاجماع قوله تعالى: ﴿إلّا على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم﴾[1] وكلمة (ما) من أدوات العموم فيتناول مالا نهاية له، ولعل السر فيه قوة السلطنة بالملك، وخفة حقوق المملوكة، وكون استحقاق منافع البضع بالمالية معدوداً من جملة الأموال، فلا يتطرق إليه ما يتطرق إلى النكاح بالعقد من محذور الميل والحيف.

ولايخفى أن هذا إنما هو في طرف الرجال، أما النساء فإن ملك اليمين فيهن ليس طريقاً الى حل الوطء ولا النظر، وفي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة امكنت نفسها من عبد لها فنكحها أن تضرب مائة سوط، ويضرب العبد خمسين جلدة ويباع بصغر منها»[2] الحديث.

وقد تقدّم الكلام في جواز نظر الخصي إلى مولاته أو مطلقاً وعدمه.

قوله: (فإن زوجها حرمت عليه حتى النظر اليها بشهوة، أو الى ما يحرم على غير المالك الى أن يطلقها وتعتد إن كانت ذات عدة).

اذا زوّج الرجل أمته حرم عليه جميع أنواع الاستمتاعات بها حتى النظر اليها بشهوة، وإن كان إلى وجهها وكفيها، وإن كان بغير شهوة، وحرم نظره الى ما يحرم على غير المالك منها دون غيره؛ لأنها بمنزلة الأجنبية.

فإن وجوه الاستمتاعات مملوكة للزوج فتحرم على غيره، لامتناع حل الاستمتاع لغير واحد، ولما رواه مسعدة بن زياد قال: قال أبو عبدالله عليه السلام:

---

(١) النساء: ٢٤.

(٢) الكافي ٥: ٤٩٣ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٨٩ حديث ١٣٧٣، التهذيب ٨: ٢٠٦ حديث ٧٢٧.

. . . .

«يحرم من الاماء عشر: لايجمع بين الأم والبنت، ولا بين الاختين ـ إلى أن قال ـ ولا أمتك ولها زوج»[1] الحديث. والمراد أن المملوكة ولها زوج حرام، واطلاق التحريم يتناول جميع وجوه الاستمتاع، لانتفاء المخصص، ولأن ذلك هو المتبادر من هذا اللفظ.

وسأل عبدالرحمن بن الحجاج أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزوّج مملوكته عبده، أتقوم عليه كما كانت تقوم عليه فتراه منكشفاً أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك وقال: «قد منعني أبي أن أزوّج بعض خدمي غلامي لذلك»[2].

والظاهر أن المراد كره التحريم، وينبه عليه رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام عن الرجل يزوّج جاريته، هل يجوز له أن ترى عورته؟ قال: «لا»[3]، وعمومها من حيث ترك الاستفصال تدل على ارادة التحريم هنا، ويبقى هذا التحريم إلى أن يخرج من النكاح بطلاق أو موت أو فسخ، وتقضي عدتها إن كان لها عدة، سواء كانت بائنة أو رجعية.

وروى عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبتاع الجارية ولها زوج، قال: «لايحل لأحد أن يمسها حتى يطلقها زوجها الحر»[4].

ولا شبهة أن الموت والفسخ كالطلاق، وانقضاء العدة معتبر؛ للاجماع؛ ولأنها من توابع النكاح، فإنها لاستعلام براءة الرحم من الحمل، ومورده وان كان زوجة الحر إلاّ أن زوجة العبد كذلك اتفاقاً.

---

(١) الفقيه ٣:٢٨٦ حديث ١٣٦٠، التهذيب ٨:١٩٨ حديث ٦٩٥.

(٢) الكافي ٥:٤٨٠ حديث ٣، الفقيه ٣:٣٠٢ حديث ١٤٤٧، التهذيب ٨:١٩٩ حديث ٦٩٨.

(٣) الكافي ٥:٥٥٥ حديث ٧، التهذيب ٨:٢٠٨ حديث ٧٣٦.

(٤) التهذيب ٨:١٩٩ حديث ٧٠١، الاستبصار ٣:٢٠٨ حديث ٧٥٤.

. . . .

وهي منزلة على ما اذا أجاز المشتري النكاح؛ لرواية عبدالله بن اللحام عن أبي عبدالله عليه السلام وقد سأله عن الرجل يشتري امرأة الرجل من أهل الشرك يتخذها قال: «لا بأس»[1] فإن الظاهر أن المسؤل عنه قوله: (يتخذها) هو الوطء ولا يكون ذلك إلّا مع الفسخ، والمراد بالمس في الرواية الأُولى هو الوطء، لكن لا فارق بينه وبين غيره من وجوه الاستمتاع.

وأراد المصنف بقوله: (أو إلى ما يحرم على غير المالك) أن ما لايحرم على غيره النظر إليه منها كالوجه والكفين بغير شهوة لا يحرم عليه نظره بغير شهوة، أما معها فيحرم. والحاصل أنها بالتزويج تصير في الاستمتاعات كلها كالأجنبية؛ لأنها صارت حقاً لغيره، وهذا حكم ما اذا زوجها.

أما اذا احل المملوكة لغيره فلم يتعرض المصنف إلى حكمها، وينبغي أن تكون في جميع الاستمتاعات كالمزوجة، لأن الاحتياط في الفروج اشد من تجويز شيء من الاستمتاعات لغير واحد. وفي رواية عبد الرحمن بن الحجاج[2] ما ينبّه على ذلك، فإن تزويج السيد أمته من عبده دائر بين كونه نكاحاً أو اباحة، والموطوءة بالشبهة لا شبهة في تحريم وطئها، وما جرى مجراه ما دامت في العدة وفي غيره تردد.

وكذا وطء المستبرأة زمان الاستبراء، أما مقدمات الوطء فلايحرم، وهو في صحيحة محمد بن اسماعيل عن أبي الحسن عليه السلام: في الأمة المبتاعة تحل للمشتري ملامستها؟ قال: «نعم ولايقرب فرجها»[3] والفرج شامل للقبل والدبر، وبه صرّح في الدروس في كتاب البيع[4]، وهذا في المبتاعة.

(١) التهذيب ٨: ٢٠٠ حديث ٧٠٢، الاستبصار ٣: ٨٣ حديث ٢٨٠.

(٢) الكافي ٥: ٤٨٠ حديث ٣، الفقيه ٣: ٣٠٢ حديث ١٤٤٧، التهذيب ٨: ١٩٩ حديث ٦٩٨.

(٣) التهذيب ٨: ١٧٣ حديث ٦٠٥، الاستبصار ٣: ٣٦٠ حديث ١٢٩١.

(٤) الدروس: ٣٤٧.

وليس لمولاها فسخ العقد إلّا أن يبيعها فيتخيّر المشتري.

وله الجمع بين الأمة وبنتها في الملك دون الوطء، وكذا بين الاختين، فإن وطأ احداهما حرمت الاُم أو البنت مؤبداً أو الاُخت جمعاً، فإن أخرج الموطؤة ولو بعقد متزلزل حلّت اختها.

أما غيرها ففي قصر التحريم على الوطء وتعميمه في وجوه الاستمتاعات نظر.

قوله: (وليس لمولاها فسخ العقد إلّا أن يبيعها فيتخير المشتري).

إنما يستقيم هذا اذا كان الزوج حراً أو مملوكاً لغير سيدها، فإن كان مملوك السيد فإنّ الفسخ بيده كما تقدم بيانه، فإذا باعها والحالة هذه فإن الخيار لكل من البائع والمشتري كما سبق.

فإن قيل: اذا باع السيد الأمة المزوجة والزوج مملوك لغيره ثبت فسخ النكاح لكل من البائع والمشتري ولمولى الزوج، فيكون قوله: (فيتخير المشتري) قاصراً، فإن المفهوم منه أن الخيار للمشتري خاصة.

قلنا: هذا المفهوم هو المراد ولا قصور فيه؛ لأن الاستثناء من قوله: (وليس لمولاها فسخ العقد) ولا تعرض فيه إلى مولى العبد بنفي ولااثبات، ولما كان الاستثناء موهماً ثبوت الخيار لمولاها البائع بيّن اختصاصه لمولاها المشتري.

قوله: (وله الجمع بين الأمة وبنتها في الملك دون الوطء، وكذا بين الاختين، فإن وطأ احداهما حرمت الاُم والبنت مؤبداً والاخت جمعاً، فإن اخرج الموطوءة ولوبعقد متزلزل حلت اختها).

لما كان جانب الملك مغلباً في المملوكة والوطء تابع جاز الجمع بين الأمة وبنتها في الملك إذ ليس ثم إلّا المالية وهي متحققة فيهما، أما الوطء فلا؛ لوجود المنافي. وكذا القول في الاختين سواء، فإن وطأ واحدة من الام والبنت ومن الاختين حرمت الاُخرى قطعاً، فإن الاُم والبنت أيها وطأ حرمت عليه الاُخرى بعينها مؤبداً، وأما

ولكل من الأب والابن تملّك موطوءة الآخر لا وطؤها.

ولا تحل المشتركة على الشريك إلّا بإباحة صاحبه لا بالعقد، وتحل لغيرهما بهما مع اتحاد السبب. ولو أجاز المشتري للأمة النكاح لم يكن له الفسخ، وكذا لو علم وسكت.

الاختتان فإن وطء احداهما يوجب تحريم الأُخرى جمعاً لا عيناً.

ومعناه إنه ما دامت الموطوءة في ملكه يحرم عليه وطء الاخرى فإذا اخرج الموطوءة عنه ولو بعقد متزلزل كالبيع بخيار حلت الاخرى؛ لأن تزلزل العقد لايمنع نقل الملك، ومتى خرجت عن ملكه انتفى المانع.

وقدسبق في كلام المصنف في التحريم غير المؤبد في الحل بذلك اشكال، وكذا في تزويجها ورهنها، وبيّنا حكمه مستوفى.

قوله: (ولكل من الأب والابن تملك موطوءة الآخرلا وطؤها).

لأن المقصود الأصلي في التملك المالية، والوطء تابع كسائر المنافع.

قوله: (ولا تحل المشتركة على الشريك إلّا باباحة صاحبه لا بالعقد، ويحل لغيرهما بهما مع اتحاد السبب).

قد تقـدّم تحقيق ذلك مستوفىً،وقد جزم المصنف هنا بحل المشتركة باباحة الشريك، ولم يرجّح فيما سبق واحداً من القولين، وقد بيّنا أن الأصح عدم الحل.

قوله: (ولو أجاز المشتري للأمة النكاح لم يكن له الفسخ وكذا لو علم وسكت).

لاريب أن المشتري اذا اجاز النكاح صار العقد لازماً فامتنع فسخه، وكذا لو علم بالخيار وسكت فإن خياره يسقط؛ لأنه فوري على ما سبق، وكذا حكم مالك الزوج سواء كان هو البائع أو غيره.

ولـو فسخ فلا عدة وإن دخل، بل يستبرئها بحيضة، أو بخمسة واربعين يوماً إن كانت من ذوات الحيض ولم تحض.

ولا يحل له وطؤها قبل الاستبراء،

قوله: (ولو فسخ فلاعدة وإن دخل، بل يستبرئها بحيضة او بخمسة واربعين يوماً إن كانت من ذوات الحيض ولم تحض، ولا يحل له وطؤها قبل الاستبراء).

أي: لو فسخ مشتري الأمة النكاح لم يجب للأمة عدة على أحد القولين، سواء دخل الزوج أم لا، بل يجب الاستبراء مع الدخول بحيضة واحدة؛ لأنه لابد من العلم ببراءة الرحم من الحمل والحيضة كافية في ذلك ولرواية الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نادى منادي رسول الله صلّى الله عليه وآله في الناس يوم أوطاس أن استبرؤا سباياكم بحيضة»[1].

ولاشك أن فيهن من كانت مزوجة، فإن كانت من ذوات الحيض، أي في سن الحيض غير يائسة ولاصغيرة ولم تحض فاستبراؤها بخمسة واربعين يوماً، روى ذلك عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل الذي يشتري الجارية التي لم تبلغ المحيض واذا قعدت عن المحيض ما عدتها، وما يحل للرجل من الأمة حتى يستبرئها قبل أن تحيض ؟ قال: «اذا قعدت من المحيض أو لم تحض فلاعدة له، والتي تحيض فلا يقربها حتى تحيض وتطهر فإذا كانت الجارية في سن من تحيض تستبرئ بخمسة واربعين يوماً»[2].

والحاصل أن متى حصل الحيض أو مر خمسة وأربعون يوماً بيضاً فقد تحقق

---

(١) التهذيب ٨:١٧٦ حديث ٦١٥.

(٢) التهذيب ٨:١٧٢ حديث ٥٩٨، الاستبصار ٣:٣٥٧ حديث ١٢٨١.

وكذا كل من ملك أمة بأي وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها، إلاّ أن تكون يائسة أو حائضاً على رأي ظاهراً لا من خصص حيضها بالتخيير،

الاستبراء وحل الوطء، وبدونه يحرم وقيل: تجب العدة[1]؛ لأن مناط الاستبراء انتقال المملوكة التي لا زوج لها فإن الاخبار دالة على أن الاستبراء لاحتمال وطء البائع، ولهذا لو اخبر بعدم الوطء وكان أميناً قبل.

ولو كان امرأة لم يجب الاستبراء، وسيأتي في خبر ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام[2] ما يدل على ذلك.

ولاريب في أن وطأه مع الزوجة منتف فلا استبراء منه، ووطء الزوج في النكاح الدائم حقه أن تجب به العدة، ولهذا يجب مع الطلاق فيجب مع الفسخ وهو قوي، وسيأتي في كلام المصنف في العدة ترجيح هذا.

ولو بلغت سن اليأس الذي تقدّم تحديده في أول الكتاب، أو لم تبلغ تسع سنين جاز وطؤها من غير استبراء لكن بعد بلوغ التسع.

قوله: (وكذا كل من ملك أمة مزوجة بأي وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها، إلاّ أن تكون يائسة أو حائضاً ـ على رأي ـ ظاهراً، لا من خصص حيضها بالتخيير).

أي: وكالذي فسخ نكاح الأمة المزوجة بالشراء كل من ملك أمة باي وجه كان من هبة، أو ارث أو صلح أو قرض أو غير ذلك، ووجه التشبيه تحريم وطؤها عليه قبل ا ستبرائها، إلاّ أن تكون يائسة أو حائضا على رأي.

ويعتبر في استبرائها بحيضة أن يكون حيضها ظاهراً، أي: مقطوعاً به، لا من

---

(١) قاله ابن ادريس في السرائر: ٣١٥.

(٢) الكافي ٥: ٤٧٣ حدث ٧، التهذيب ٨: ١٧٢ حديث ٦٠١، الاستبصار ٣: ٣٥٨ حديث ١٢٨٥.

. . . .

خصص بتخيرها كذاكرة العدد الناسية للوقت، والمتحيرة اذا رجعت الى الروايات، ومثلها الراجعة الى عادة نسائها واقرانها، وذات التمييز اذا لم تتيقن الحيض، فهنا مباحث:

الأول: إن الاستبراء كما يجب على من ملك بالشراء، كذا يجب على من ملك بغيره من الأسباب الناقلة للملك، ولا مخالف لذلك من اجلاء الأصحاب، إلّا ابن ادريس مستنداً في ذلك إلى الأصل، وإن النص إنما ورد على المشتري[1]، وهو ضعيف فإن المقتضي وهو استفراغ الرحم موجود وخوف ضياع النسب حاصل، والاحتياط في الفروج أشد من ذلك.

الثاني: اليائسة لا يجب استبراؤها؛ لانتفاء المقتضي في حقها، وكذا الصغيرة. وقد سبق في الرواية ما ينبه على ذلك، ولم يذكر المصنف الصغيرة هنا، ولعله نبه بذكر اليائسة على حكمها لا شتراكها في المقتضي.

الثالث: اذا ملك الأمة حائضاً، سواء كان بشراء أو غيره، لم يجب الاستبراء واكتفى بتلك الحيضة، ذهب إلى ذلك الشيخ في النهاية[2]، وأكثر الأصحاب[3] ومنهم المصنف، وهو الأصح؛ لأن الغرض عدم براءة الرحم وهو حاصل بذلك. ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل اشترى جارية وهي حائض قال: «اذا طهرت فليمسها إن شاء»[4].

وفي مقطوعة سماعة قال: سألته عن رجل اشترى جارية وهي طامث ايستبرء

---

(١) السرائر: ٣١٥.

(٢) النهاية: ٤٩٦.

(٣) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢٤٦، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٦٤، والمحقق في الشرائع ٢: ٣١٥.

(٤) الكافي ٥: ٤٧٣ حديث ٦، التهذيب ٨: ١٧٦ حديث ٥٩٥، الاستبصار ٣: ٣٥٧ حديث ١٢٧٨.

رحمها بحيضة اخرى أم تكفيه هذه الحيضة؟ قال: «لابل تكفيه هذه الحيضة »[١] وهي نص في ذلك.

وقال ابن ادريس: لابد من استبرائها[٢]؛ لعموم الأمر بالاستبراء، وفي رواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام: «إن الذين يشترون الإماء ثم يأتونهن قبل أن يستبرؤهن فاولئك الزناة بأموالهم»[٣].

والجواب المخصص موجود وقد ذكرناه، والرواية معارضة بأقوى منها فتحمل على الكراهية.

الرابع: الاستبراء في موضع وجوبه إنما يكون بحيضة، وحكى المصنف في المختلف عن ابن ادريس بأن الأمة المبتاعة وهي حائض تستبرأ بقرءين[٤] .وفي رواية عن الرضا عليه السلام: «أن الاستبراء فيها بحيضتين»[٥]، وهي على الاستحباب.

والمذهب الاكتفاء بحيضة واحدة في موضع الوجوب، والأخبار في ذلك مستفيضة وعليه كافة الأصحاب.

الخامس: لابد في هذه الحيضة من القطع بكون الدم حيضاً، فلا يكفي الحكم بالحيض في ظاهر الحال استناداً الى مجرد تخصيص المرأة أيام حيضها بزمان مخصوص، كما لو استقرت عادتها عدداً خاصة ثم استمر الدم، أونسيت ذات العادة وقتها وذكرت عددها وكان الدم مستمراً بحيث لاتعلم الحيض في زمان دون آخر، فأمرت شرعاً بتخصيص ذلك العدد بزمان مستندة في ذلك الى اختيارها.

---

(١) الكافي ٥:٤٧٣ حديث ٨، التهذيب ٨:١٧٤ حديث ٦٠٦، الاستبصار ٣:٣٥٩ حديث ١٢٨٦.

(٢) السرائر: ٣١٥.

(٣) الفقيه ٣:٢٨٢ حديث ١٣٤٦، التهذيب ٨:٢١٢ حديث ٧٥٩.

(٤) المختلف: ٥٧١، السرائر ٣١٥.

(٥) التهذيب ٨:١٧٦ حديث ٥٩٤، الاستبصار ٣:٣٥٩ حديث ١٢٨٧.

. . . .

ومثله المبتدئة إذا استمر بها الدم فحصل لها تميز وردّت إلى عادة نسائها أو اقرانها في محله أو رجعت إلى الروايات مع عدمه، سواء طابق ذلك تميز أو لا وكذا في التي قبلها.

والمتحيرة اذا رجعت إلى الروايات كذلك، ووجه عدم الاكتفاء بالحيض في هذه الصورة أن الغرض منه العلم ببراءة الرحم، وإنما يتحقق ذلك مع وجود الحيض بحسب نفس الأمر.

أما الدم الذي لم يدل دليل على كونه حيضاً، وإنما حكم به للضرورة، حذراً من لزوم الحرج بالاحتياط في جميع الزمان فإنه لا يفيد ذلك، فيبقى معه احتمال الحمل كما كان.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

ومن ثم حكم للتي حيضها غير مستقيم في العدة بالأشهر، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (ظاهراً) فإنه يريد به كون الحيض ظاهراً بيّناً، فعلى هذا تستبرئ هذه بشهر واحد؛ لأن الشهر يدل الحيض فيمن ليست مستقيمة الحيض .

ويحتمل بخمسة واربعين يوماً الحاقاً لها بمن لاحيض لها، ويحتمل تربصها زماناً يقطع بحصول الحيض فيه، كما لو اضلت عادتها في شهر مثلاً فإنها تربص شهراً، ومع انتفائه بخمسة واربعين يوماً، وهذا لابأس به.

ويمكن أن لايريد المصنف بقوله: (ظاهراً) كون الحيض بيّناً مقطوعاً به، بل يريد به كونه راجحاً؛ لوجود علامة تدل عليه شرعاً، فإن ذلك هو المتعارف من معنى الظاهر، وذلك كما في ذات التمييز، لا سيما اذا طابق تميزها عدد العادة، أو ما رجعت اليه المتحـيرة ونحوها من الروايات.

وكذا المبتدئة اذا رجعت إلى عادة النساء والأقران، خصوصاً اذا تأكد بمطابقة التمييز. ووجهه وجود العلامة الشرعية الدالة على تحقق الحيض في نفس الأمر، ومثل ذلك كاف في التحقق.

أو حاملًا، أو لامرأة على رأي، أو لعدل أخبر باستبرائها، أو اعتقها مع جهل وطء محترم، والاستبراء أفضل.

ولو اعتقها بعد وطئها حرمت على غيره، إلّا بعد عدة الطلاق.

ولو اعتبر تطرق الاحتمال لَقَدَح في حيض ذات العادة، ولكان الدم الذي يمكن أن يكون حيضاً في غير زمان العادة غير كافٍ في الاستبراء، وليس بشيء. وهذا اقوى، وسيأتي في العدد إن شاء الله الاكتفاء في العدة بالتميز و بعادة النساء فهنا أولى. وفي كلام شيخنا الشهيد الاكتفاء بما حكم بكونه حيضاً في جميع هذه المواضع، وما قدمناه اظهر.

اذا عرفت هذا فاعلم أن قول المصنف: (إلّا أن تكون يائسة...) استثناء مما قبله من قوله: (بل يستبرئها بحيضة أو بخمسة واربعين يوماً....).

ولايحل له وطؤها قبل الاستبراء وكذا كل من ملك الى اخره.

وقوله: (أو حائضاً أو حاملاً، أو لامرأة، أو لعدل أو اعتقها) كله في حيّز إلّا.

وقوله: (ظاهراً لا من خصص حيضها بالتخيير) لا شك في أنه اعتراض إلّا أن حقه أن يكون عند قوله: (بل يستبرئها بحيضة) ليكون تنقيحاً للمراد من الحيضة.

وذكرها هنا غير مستحسن؛ لأنه إن كان بياناً للمراد من الحيض فهو اعتراض مستقبح في غير محله، وإن كان بياناً للمراد من قوله: (أو حائضاً) فأبعد وأشد. وكيف كان فهو صفة لمصدر محذوف، وكذا عامله محذوف يدل عليه قوله: (بل يستبرئها بحيضة) وتقديره: ويستبرء بها بأن تحيض حيضة حيضاً ظاهراً.

وقد أفاد حكم بقية المستثنيات، بقوله: (أو حاملًا، أو لامرأة على رأي، أو لعدل اخبر باستبرائها، أو اعتقها مع جهل وطء محترم، والاستبراء افضل، ولو اعتقها بعد وطئها حرمت على غيره إلّا بعد عدة الطلاق).

. . . .

فهنا مسائل:

الأُولى: اذا اشترى الأمة وهي حامل لا استبراء لها، بل إن كان الحمل محترماً لم يطأها حتى تضع، وإن كان من زنا فحتى تمضي اربعة اشهر وعشرة ايام، وقد اختلفت في ذلك الأخبار وكلام الأصحاب، والمحصل ما قلناه، وقد ذكرنا الكلام فيه في بيع الحيوان.

الثانية: اذا اشترى الأمة من امرأة ففي وجوب الاستبراء قولان:

أحدهما: ـ واختاره الشيخ[١] واكثر الاصحاب[٢] ـ أنه لايجب، وهو الأصح؛ لرواية ابن أبي عمير عن حفص عن أبي عبدالله عليه السلام في الأمة تكون للمرأة فتبيعها قال: «لابأس بأن يطأها من غير أن يستبرئها»[٣].

ولرواية زرارة قال: اشتريت جارية بالبصرة من امرأة فخبرتني أنه لم يطأها أحد، فوقعت عليها ولم استبرأها، فسألت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال: «هو ذا أنا قد فعلت ذلك وما أُريد أن أعود»[٤]، وغير ذلك من الأخبار[٥].

والثاني: ـ واختاره ابن ادريس ـ الوجوب[٦]؛ لعموم الأمر بالاستبراء المتناول لصورة النزاع، ورواية عبدالله بن سنان[٧] السالفة تدل على ذلك. ويجاب بأن الخاص مقدّم والشهرة بين الأصحاب مؤيدة، نعم يكره الوطء قبله احتياطاً للفروج، ورواية زرارة تشهد له.

---

(١) النهاية: ٤٩٥.

(٢) منهم ابن البراج في المهذب ٢:٢٤٥، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٦٤.

(٣) التهذيب ٨:١٧٤ حديث ٦٠٨، الاستبصار ٣:٣٦٠ حديث ١٢٩٣.

(٤) التهذيب ٨:١٧٤ حديث ٦٠٩، الاستبصار ٣:٣٦١ حديث ١٢٩٤.

(٥) التهذيب ٨: ١٧٤ حديث ٦٠٧، الاستبصار ٣:٣٦٠ حديث ١٢٩٢.

(٦) السرائر: ٣١٥.

(٧) الفقيه ٣:٢٨٢ حديث ١٣٤٦، التهذيب ٨:٢١٢ حديث ٧٥٩.

الثالثة: لو اشترى الأمة من عدل واخبره باستبرائها فقولان كالتي قبلها، واوجبه ابن ادريس [١].

لنا أن شهادة العدل مثمرة للظن القوي، وقد اكتفى الشارع بها في كثير من الشرعيات، خصوصاً اذا اخبر عما بيده وما في ملكه فجاز التعويل عليها، ولصحيحة ابن سنان قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية لم تحض قال: «يعتزلها شهراً إن كانت قد مست» قلت: افرأيت ان ابتاعها وهي طاهر زعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت قال:«إن كان عندك اميناًفمسها» [٢] الحديث.

ومثلها رواية محمد بن حكيم عن العبد الصالح [٣]، ورواية حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام [٤].

احتج ابن ادريس وراء عموم الأمر بالاستبراء برواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام: اشتري الجارية من الرجل المأمون فيخبرني أنه لم يمسها وقد طمثت عنده وقد طهرت فقال: «ليس بجائز أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضة، ولكن يجوز ذلك ما دون الفرج، ان الذين يشترون الإماء ثم يأتونهن قبل أن يستبرؤهن فأُولئك الزناة بأموالهم» [٥].

وجوابه الحمل على الكراهة جمعاً بين الأخبار.

الرابعة: اذا اشترى الأمة فأعتقها جاز له العقد عليها قبل أن يستبرئها اذا لم يعلم كونهاموطوءة وطءً محترماً، واحترز بالوطء المحترم عن الزنا فإنه لاحرمة له ولااعتبار به، ولو كانت سرية فكذلك بطريق أولى.

(١) السرائر: ٣١٥.
(٢) الكافي ٥:٤٧٣ حديث ٤، التهذيب ٨:١٧٢ حديث ٦٠١، الاستبصار ٣:٣٥٨ حديث ١٢٨٥.
(٣) التهذيب ٨:١٧٣ حديث ٦٠٢، الاستبصار ٣:٣٥٩ حديث١٢٨٨.
(٤) التهذيب ٨:١٧٣ حديث ٦٠٣، الاستبصار ٣:٣٥٩ حديث ١٢٨٩.
(٥) الفقيه ٣:٢٨٢ حديث ١٣٤٦، التهذيب ٨:٢١٢ حديث ٧٥٩.

. . . .

واوجب بعض العامة الاستبراء هنا[١]، وليس بشيء، يدلّك على ذلك وراء الاجماع ان الاستبراء إنما يثبت وجوبه في المملوكة، وقد خرجت بالعتق عن كونها مملوكة.

لا يقال: قد وجب استبراؤها بالشراء والأصل بقاؤه.

لأنا نقول: لما اعتقها خرجت عن ملكه وصارت اجنبية بالنسبة إليه، نسبتها اليه والى غيره سواء فسقط الحكم الأول، واذا اراد انشاء النكاح كانت كغيرها من الأجنبيات اللاتي لم يعلم لهن وطء محترم.

ولما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: في الرجل يشتري الجارية فيعتقها ثم يتزوجها، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها ؟ قال: «يستبرئ بحيضة» قلت: فإن وقع عليها ؟ قال: «لا بأس»[٢].

ومثله روى عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام[٣]، وكذا أبو العباس البقباق عنه عليه السلام[٤]. والأفضل الاستبراء؛ لقوله عليه السلام في رواية أبي العباس هذه، ورواية ابن ابي يعفور قوله: «أن يفعل، وإن لم يفعل فلا بأس»[٥]، ومعنى قوله: «أن يفعل» أي حقه أن يفعل.

ويدل على حكم السرية ما رواه زرارة قال: سألته يعني ـ أبا عبدالله عليه السلام ـ عن رجل اعتق سرية، أله أن يتزوجها بغير عدة؟ قال: «نعم»، قلت: فغيره؟ قال: «لا حتى تعتد بثلاثة اشهر»[٦]، ومثله روى الحسن عنه عليه السلام[٧].

---

(١) قاله الشافعي واحمد. انظر: المغني لابن قدامة ٩:١٧٥، والشرح الكبير معه ٩:١٧٦.

(٢) التهذيب ٨:١٧٥ حديث ٦١٢، الاستبصار ٣:٣٦١ حديث ١٢٩٥.

(٣) التهذيب ٨:١٧٥ حديث ٦١٣، الاستبصار ٣:٣٦١ حديث ١٢٩٦.

(٤) التهذيب ٨:١٧٥ حديث ٦١٤، الاستبصار ٣:٣٦١ حديث ١٢٩٧.

(٥) التهذيب ٨:١٧١ حديث ٥٩٧، الاستبصار ٣:٣٥٧ حديث ١٢٨٠.

(٦) التهذيب ٨:١٧٥ حديث ٦١١.

(٧) التهذيب ٨:١٧٥ حديث ٦١٠.

. . . .

ولاريب أن الثلاثة الأشهر إنما تكفي مع تعذر الاقراء، أو أنها كناية عن الاقـراء إلّا أنها غالبـاً لا تكون في أقل من ثلاثة اشهر، وهذا هو المراد من قول المصنف: (عدة الطلاق).

واعلم أنـه لو علم أن الأمـة المبتاعة موطوءة وطءاً محترماً من نحو زوج فسخ نكاحه، أو من المولى فأعتقها لم يجز له تزويجها إلّا بعد الاستبراء، وتكفي الحيضة؛ لأن في رواية محمد بن مسلم استحباب الاستبراء بحيضة مع جهل الوطء، فلو لا أن تكفي مع العلم به لم يكن لاستحبابها معنى. فإن الغرض منها يقين براءة الرحم، لا حتمال الوطء، ولأن ذلك كافٍ قبل العتق فكذا بعده عملاً بالاستصحاب، وسيأتي في كلام المصنف في باب العدد ما يدل على ذلك.

فرعان:

الأول: لو اشترى الأمة وسيدها صغير أو عنين أو مجبوب، ففي كونها كأمة المرأة في سقوط الاستبراء قول للشيخ[1]، يومئ اليه أن النصوص دالة على أن مدار الاستبراء امكان وطء البائع وجوداً وعدماً.

ويومئ إلى ذلك قوله عليه السلام في صحيحة ابن سنان وقد قال له: أفرأيت إن ابتاعها وهي طاهر، ثم زعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت: «إن كـان عندك أميناً فمسّها»[2] فإنه لم يدل على أن المنظور إليه عدم وطء البائع. وأما احتمال وطء غيره فانتفاؤه يكفي فيه أصالة العدم، ولاريب في انتفاء الوطء عن العنين والمجبوب وكذا الصغير.

الثـاني: لو أراد تزويج الأمة المبتاعة، فإن كان البائع قد وطأها فلابد من

---

(١) المبسوط ٥:٢٨٦.

(٢) الكافي ٥:٤٧٣ حديث ٤، التهذيب ٨:١٧٢ حديث ٦٠١، الاستبصار ٣:٣٥٨ حديث ١٢٨٥.

ويجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب وبناتهم، وما يسبيه أهل الضلال منهم.

الاستبراء، وإن لم يكن وطؤها معلوماً فالمتجه الجواز بدون الاستبراء تمسكاً بأصالة البراءة،ولأن الاستبراء تابع لانتقال الملك وهو منتف هنا. ولأن المشتري اذا اعتقها جاز أن يزوجها غيره بغير استبراء فقبل العتق كذلك؛ لاستواء الحالين في انتفاء المقتضي للاستبراء.

فإن طلقها الزوج قبل الدخول في هذه الصورة احتمل جواز وطء البائع اياها بغير استبراء؛ لسقوطه بالتزويج، وانتفاء غيره بالطلاق قبل المسيس.

قوله: (ويجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب وبناتهم، وما يسبيه أهل الضلال منهم).

لاخلاف بين علمائنا في أنه يجوز للمسلم أن يشتري المرأة المزوجة من أهل الحرب ولو من زوجها، وكذا يجوز أن يشتري بناتهم وابناءهم فيصيرون ملكاً له وإن كان البائع الأب ونحوه، ويترتب على هذا الملك أحكامه التي من جملتها وطء الجارية بملك اليمين.

ووجهه: أنّ أهل الحرب في للمسلمين يملكون بمجرّد الاستيلاء عليهم، فإذا توسط البيع كان آكد في ثبوت الملك، نعم في صورة بيع القريب قريبه الذي حقه أن ينعتق عليه إشكال تقدّم ذكره في البيع، ونقّحه المصنّف بصرف البيع الى الاستنقاذ فلا يلحقه أحكامه من طرف المشتري.

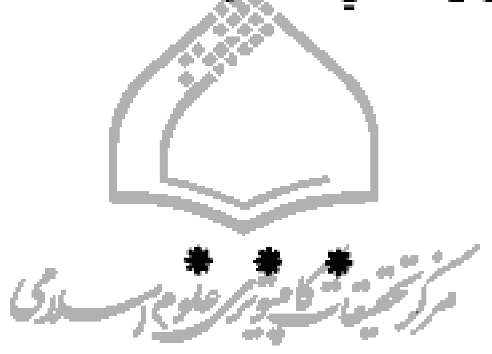
وروى عبدالله اللّحام قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري أمة الرجل من أهل الشرك يتخذها، قال: «لا بأس»[1].

---

(١) التهذيب ٨: ٢٠٠ حديث ٧٠٢، الاستبصار ٣: ٨٣ حديث ٢٨٠.

وكذا يجوز ابتياع ما يسبيه أهل الضلال من أهل الحرب وإن كان جميع ذلك أو بعضه للإمام عليه السلام.

ويحل الوطء وغيره بهذا الشراء، والأخبار بالاذن في ذلك من أئمّة الهدى عليهم السلام متواترة[1] وقد سبق بيان هذا في الخمس.



(١) التهذيب ٨: ٢٠٠ حديث ٧٠٢ ـ ٧٠٥، الإستبصار ٣: ٨٣ حديث ٢٨١.

المطلب الثاني: ملك المنفعة:

يجوز إباحة الأمة للغير بشروط: كون المحلل مالكاً للرقبة، جائز التصرف، وكون الأمة مباحة بالنسبة إلى من حلّلت عليه.

فلو اباح المسلمة للكافر لم تحل، وكذا المؤمنة للمخالف.

ويجوز العكس، إلّا الوثنية على المسلم، والناصبية على المؤمن.

ولو كانت ذات بعل أو عدة لم يحل تحليلها

قوله: (المطلب الثاني: ملك المنفعة: يجوز اباحة الأمة للغير بشروط: كون المحلل مالكاً للرقبة، جائز التصرف، وكون الأمة مباحة بالنسبة الى من حللت عليه، فلو أباح المسلمة للكافر لم تحل، وكذا المؤمنة للمخالف، ويجوز العكس، إلّا الوثنية على المسلم، والناصبة على المؤمن، ولو كانت ذات بعل أو عدة لم يحلّ تحليلها).

هذا هو القسم الثاني من قسمي النكاح بالملك، وهو ملك المنفعة، وذلك تحليل المولى وطء أمته لغيره، وفي حكمه تحليل مقدمات الوطء، والمشهور بين علمائنا حل ذلك، وقد تواترت به الأخبار عن أهل البيت عليهم السلام[1] على وجه لا سبيل الى انكاره.

ونقل الشيخ في المبسوط[2]، وابن ادريس[3] قولاً نادراً لبعض الأصحاب بالمنع.

لنا عموم قوله تعالى: ﴿أوما ملكت ايمانكم﴾[4] وهو يتناول ملك المنفعة كما

(١) الكافي ٥:٤٦٨ باب الرجل يحل جاريته لأخيه، التهذيب ٧:٢٤١ حديث ١٠٥٢ ـ ١٠٦٤، الاستبصار ٣:١٣٥ باب ٨٩.

(٢) ٣: ٧٤ .

(٣) السرائر: ٣١٣.

(٤) النساء: ٣.

. . . .

يتناول ملك الرقبة.

لايقال: لو كان هذا العموم حقاً لجاز هذا الوطء بكل طريق مثمر لملك المنفعة.

لأنا نقول: لاشك أن منفعة البضع ليست على نهج سائر المنافع، فلابد لتملكها ـ بحيث يترتب عليه حل الوطء ـ من قانون مستفاد من الشرع بالتلقي عن أهل البيت عليهم السلام، هم معادن العلم وحفظة الشرع، وقد نهجوا لذلك نهجاً فيجب الاقتصار عليه، فيكون الحجة في الآية تناول عمومها لملك المنفعة في الجملة.

والسنة كافلة ببيان ذلك على وجهه، ورواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل يحل لأخيه فرج جاريته، قال: «هي حلال ما احل منها»[1].

وصحيحة أبي بصير قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة احلت لابنها فرج جاريتها، قال: «هو له حلال»، قلت: أفيحل له ثمنها؟ قال: «لا إنما يحل له ما احلت له»[2].

وصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة احلت لي جاريتها فقال: «ذلك لك»، قلت: فإنها كانت تمزح، فقال: «كيف لك بما في قلبها فإن علمت انها تمزح فلا»[3].

احتج المانع بعموم قوله تعالى: ﴿فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾[4]، وهذا خارج عن مسمّى الازواج والمملوكات فيدخل تحت العدوان.

ولصحيحة الحسين بن علي بن يقطين قال: سألته عن الرجل يحل فرج جاريته

---

(١) التهذيب ٧: ٢٤١ حديث ١٠٥٢، الاستبصار ٣: ١٣٥ حديث ٤٨٥.

(٢) الكافي ٥: ٤٦٨ حديث ٦، التهذيب ٧: ٢٤٢ حديث ١٠٥٦، الاستبصار ٣: ١٣٦ حديث ١٤٨٩.

(٣) الكافي ٥: ٤٦٩ حديث ٨، التهذيب ٧: ٢٤٢ حديث ١٠٥٨، الاستبصار ٣: ١٣٦ حديث ٤٩١.

(٤) المؤمنون: ٧.

قال: «لا أُحب ذلك»(١).

ورواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام: في المرأة تقول لزوجها: جاريتي لك، قال: «لايحل له فرجها إلاّ أن تبيعه أو تهبه له»(٢).

وجوابه: قد بيّنا شمول ملك اليمين المتنازع فلم يدخل تحت العدوان، والرواية الأولى مقطوعة ولا تدل على المنع، والثانية مع ضعف سندها لا دلالة لها على محل النزاع؛ لأن المسؤول عنه خال من صيغة التحليل.

فإن قيل: الحجة في قوله: (إلاّ أن تبيعه أو تهبه له).

قلنا: لاشك أنه لايراد من ذلك الحصر مطلقاً، فإن طريق الملك لا ينحصر في البيع والهبة قطعاً، بل المراد الحصر بالاضافة إلى المسؤول عنه، فكأنه عليه السلام قال: لابد من طريق مملك، وهو مفقود في المسؤول عنه.

اذا تقرر ذلك فلهذه الاباحة شروط اربعة:

الأول والثاني: كون المحلل مالكاً للرقبة ولا اعتبار بتحليل غير المالك لتحريم مال الغير بغير اذنه. وهل يقع لاغياً، أم ينفذ مع اجازة المالك؟ فيه وجهان، ولا يبعد ابتناؤهما على كون التحليل عقداً أو اباحة.

فعلى الأول ينفذ معها كما في غيره من عقود الأنكحة، بخلاف الثاني؛ لانتفاء الدليل على اعتبار الاباحة من غير المالك. نعم لو كان غير المالك وكيلاً له اعتبر تحليله؛ لأنه فعل يدخله النيابة.

وهل يعتبر تحليل الولي مع الغبطة، كما لو خاف على أمة الطفل الزنا ولم يوجد راغب في نكاحها، أو كان منافياً لخدمة الطفل؟ الظاهر نعم مع احتمال المنع؛ لأنه اتلاف محض، فلابد من كون المالك جائز التصرف ليقع تحليله معتبراً، فلا اعتبار

---

(١) التهذيب ٧: ٢٤٣ حديث ١٠٥٩، الاستبصار ٣: ١٣٧ حديث ٤٩٢.

(٢) التهذيب ٧: ٢٤٣ حديث ١٠٦١، الاستبصار ٣: ١٣٧ حديث ٤٩٤.

. . . .

بتحليل الصبي ولا المجنون للحجر عليهما مطلقاً، ولا السفيه ولا المفلّس للحجر عليهما في التصرفات المتعلقة بالأموال.

الثالث: كون الأمة مباحة بالنسبة إلى من حلت عليه، وقد سبق معرفة المحرمات بالنسب والرضاع والمصاهرة وغير ذلك فلا حاجة الى اعادتها.

وخصّ المصنف بالذكر من قد يخفى حكمه، فمن ذلك المسلمة فإنها لا تحل على الكافر بجميع انواعه اتفاقاً، ودلائل المنع في الكتاب والسنة كثيرة، وقد سبق جملة منها، ومن ذلك المؤمنة فإنها لا تحل على المخالف بجميع انواعه على المختار بين محققي الأصحاب.

وقد تقدّم جملة من الأخبار الدالة على ذلك، مثل قوله عليه السلام: «العارفة لا توضع إلّا عند عارف»[1]، وللاجماع المركب، فإن كل من منع تزويج المخالف منع من تحليل المؤمنة له، ومن لا فلا، وقد بيّنا المنع من تزويجه سابقاً،فيثبت المنع هنا بحكم الاجماع.

أما العكس وهو تحليل الكافرة للمسلم والمخالفة للمؤمن فإنه جائز؛ لأن هذا في الحقيقة راجع الى ملك اليمين، وهو جائز بالنسبة اليها.

ولا يستثنى من الكافرة إلّا الوثنية؛ لما تقدّم من الدلائل الدالة على المنع من وطئها بالملك، ولا يستثنى من المخالفة إلّا الناصبة المعلنة بعداوة أهل البيت عليهم السلام فإنها كالكافرة، وقد ورد: «ان الناصب شر من اليهودي والنصراني»[2]، ويثبت من وجوب مجانبتهم والتصلب في مباعدتهم ما يمتنع معه حل الوطء.

ومن المحرمات ذات البعل وذات العدة قطعاً فلا تحل بالتحليل، ولا فرق في العدة بين أن تكون بائنة أو رجعية.

---

(١) الكافي ٥: ٣٥٠ حديث ١١.

(٢) الكافي ٥: ٣٥١ حديث ١٦، علل الشرائع: ٢٩٢.

والصيغة وهو لفظ التحليل، مثل أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حل من وطئها، والاقرب الحاق الإباحة به.

ولو قال: اذنت لك، أو سوّغت ، أو ملّكت فكذلك.

ولا تستباح بالعارية، ولا بالاجارة، ولا ببيع منفعة البضع.

وهل يجوز احلالها مدة الاستبراء؟ ينبغي أن يقال: إن كان الاستبراء عن وطء محتمل غير معلوم جاز وإن علم الوطء، فإن جوزنا ما سوى الوطء من الاستمتاعات فاقتصر على تحليل ما سواه حل، وإلّا فلا.

قوله: (والصيغة: وهو لفظ التحليل، مثل: أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حل من وطئها، والأقرب الحاق الاباحة به. ولو قال: اذنت، أو سوّغت، أو ملّكت فكذلك، ولايستباح بالعارية، ولا بالاجارة، ولا ببيع منفعة البضع).

الشرط الرابع: الصيغة، ولا خلاف في اعتبارها؛ لأن الفروج لايكفي في حلها مجرد التراضي ولا أي لفظ اتفق، بل لابد من صيغة متلقاة من الشرع، وقد أجمعوا على اعتبار لفظ التحليل، وبه وردت النصوص [١]، فيقول: احللت لك وطء فلانة، أو جعلتك في حل من وطئها.

وكذا مقدمات الوطء كالتقبيل، ولايكفي: أنت في حل من وطئها؛ لعدم كونه صريحاً في الانشاء، واختلفوا في لفظ الاباحة.

فالأكثر: ـ ومنهم الشيخ في النهاية [٢] واتباعه ، والمرتضى [٣]، وابن زهرة [٤]،

---

(١) انظر: الكافي ٥:٤٦٨، التهذيب ٧:٢٤١ حديث ١٠٥٢ ـ ١٠٦٣.

(٢) النهاية: ٤٩٦.

(٣) الانتصار: ١١٨.

(٤) الغنية (ضمن الجوامع الفقهية): ٥٥٠.

. . . .

والمصنف في الارشـاد ـ على أنـه لايفيد الحل وقوفاً مع ظاهر النصوص ومراعاة الاحتياط، فان الأمر في الفروج شديد، وتمسكاً بالأصل فيما عداه.

وذهب في المبسوط[١]، وابن ادريس[٢]، ونجم الدين[٣] الى جواز لفظ الاباحة، وهـو مقـرَّب المصنف لاشتراك الاباحة والتحليل في المعنى، ويجوز اقامة كل من المترادفين مقام الآخر كما بيِّن في الأصول.

لايقال: فعلى هذا يكفي لفظ العارية؛ للاشتراك في المعنى.

لأنا نقول: الأكثر على أنه لايكفي.

ورواية أبي العباس البقباق عن الصادق عليه السلام، حيث سأله عن عارية الفروج فقال: «حرام» ثم مكث قليلاً وقال: «لكن لابأس بأن يحل الرجل جاريته لأخيه»[٤] نص في المنع، والأصح الأول.

ويمنـع الاكتفـاء بالمـرادف مطلقاً، فإن في النكاح شائبة العبادة، وكثير من أحكامه توقيفية والاحتياط فيه من أهم المطالب.

ولو قال: أذنت لك في وطئها، أو سوغته لك، أو ملّكتك إياه فعند المصنف أنه كالاباحة في افادة الحل؛ لأنها بمعناها. ويلزمه أن يكون لفظ الهبة كذلك؛ لأن وهبت وملّكت بمعنى واحـد، إلاّ أن يقال: إن الهبة لا تتعلق بها سوى الأعيان، بخلاف التمليك فإنه قد يتعلق بالمنافع كما سبق في الاجارة.

والأصح المنع في الجميع اقتصاراً على موضع اليقين.

---

(١) المبسوط ٣:٥٧.

(٢) السرائر: ٣١٤.

(٣) الشرائع ٢:٣١٦.

(٤) الكافي ٥:٤٧٠ حديث ١٦، التهذيب ٧:٢٤٤ حديث ١٠٦٣، الاستبصار ٣:١٤٠ حديث ٥٠٥.

ويوكل الشريكان ثالثاً، أو أحدهما الآخر في الصيغة، فلو باشرا فقال كل منهما: أحللت لك وطأها صح.

ولو قال: أحللت حصتي فاشكال،

وأما بيع منفعة البضع فانه باطل قطعاً؛ لأن البيع لا يتعلق بالمنافع. وكذا اجارة الأمة للوطء؛ لأن منافع البضع ليست كسائر المنافع تحل بأي سبب اتفق، بل حلها منوط بالسبب المستفاد من الشرع بخصوصه، ولا يجوز تعديه، وليس هذا مما ورد به الشرع.

قولـه: (ويوكل الشريكان ثالثاً أو أحدهما الآخر في الصيغة، فلو باشرا فقال كل منهما: احللت لك وطأها صح، ولو قال: احللت لك وطء حصتي فاشكال).

ما سبق هو بيان تحليل الأمة من المالك الواحد، وهذا بيان تحليلها اذا كانت مشتركة، فإن وكلا ثالثاً صحت منه الصيغة قطعاً كما يصح منه تزويجها.

وكذا لو وكل احدهما الآخر، ولايقدح كون تصرف احدهما عن نفسه بالأصالة وعن الآخر بالوكالة؛ لأن الاعتبار بوقوع الصيغة باللفظ المعتبر ولاأثر للسبب.

ولـو اوقعاها معاً مباشرة، بأن قال كل منهما: احللت لك وطءها غير مقيد بتحليل بعضها صح أيضاً، لصدور الصيغة المعتبرة من كل منهما.

فإن قيل: لما لم يملك كل واحد منهما إلا بعضها وجب أن لا تعتبر الصيغة منه إلّا اذا أحل حصته خاصة؛ لامتناع تحليل ما عداها منه.

قلنا: المحلل إنما هو الوطء، وهو أمر واحد لايقبل التجزئة ولا يتصور حل بعضه وحرمة بعضه، وإنما يحل مجموعه بتحليلهما، فتحليل احدهما اياه جزء السبب، فإن أحلاه دفعة أو تقدّم احدهما كان كل منهما معتبراً واقعاً الموقع.

وإن قال احدهما أو كلاهما: احللت لك حصتي ففي صحة ذلك وافادته الحل

وهل هو عقد أو تمليك منفعة ؟ خلاف.

اشكال ينشأ: من أن تصرف كل واحد منهما إنما هو في حصته، حتى اذا أحل وطءها فإنما ينصرف ذلك إلى حصته؛ لامتناع احلاله وطء ما سواها، فإذا صرح بتحليلها خاصة كان أولى بالصحة.

ومن أن الاحلال ليس لحصة كل واحد منهما، بل للوطء وهو أمر واحد لايتبعض فيه كما قدمناه، وحله إنما يكون بتحليلهما اياه، فلا أثر لتحليل الحصة، كما أن لكل واحد منهما اذا اراد نكاحها لايجوز أن يقتصر على انكاح حصته؛ لأن علاقة الزوجية المثمرة لاستحقاق منافع البضع إنما تتعلق بمجموعها دون الأبعاض.

ولأن استفادة حل الفروج بالعقد أمر توقيفي، فلا يتجاوز فيه موضع اليقين، وهذا أصح.

اذا تقرر ذلك، فإن اعتبرنا القبول في التحليل فلابد من القبول مرتين باعتبار تحليل كل من الشريكين، أو قبول الوكيل عنه مرتين.

قوله: (وهل هو عقد أو تمليك منفعة؟ خلاف).

لما كان حل الفروج منحصراً في العقد والملك بنص القرآن[١] كما قدّمناه، وكان القول بحل الأمة بالتحليل هو القول المعتبر عند الأصحاب، بل هو مذهب الأصحاب، وجب أن لايكون خارجاً عن الأمرين. والمراد بكونه عقداً كونه عقد نكاح؛ لأن كونه تمليك منفعة لاينافي كونه من جملة العقود، فتعيّن أن يراد كونه عقد نكاح.

والخلاف الذي ذكره المصنف هو ما نقله ابن ادريس[٢]، فإنه نقل عن المرتضى في الانتصار: إن تحليل المالك جاريته بغير عقد، والتحليل والاباحة عبارة

---

(١) النساء: ٣ و ٢٥.

(٢) السرائر: ٣١٣.

. . . .

عنه[١].

ونقل عن الباقين الأكثرين كالشيخين[٢] وغيرهما من المشيخة أنه تمليك منفعة مع بقاء الأصل، واختار الثاني. وكلام الشيخ في المبسوط[٣] قريب من هذا، فإنه لما ذكر اختلاف الأصحاب قال: إن منهم من قال: إنه عقد والتحليل عبارة عنه.

ومنهم من قال: هو تمليك منفعة مع بقاء الأصل، وقوّاه وقال: إنه يجري مجرى اسكان الدار واعمارها، قال: ولأجل هذا يحتاج الى أن تكون المدة معلومة، ومقتضى هذا انه يفتقر الى تعيين المدة.

وقال في النهاية: ويحل له منها مقدار ما يحلله مالكها، إن يوماً فيوماً وإن شهراً فشهراً على حسب ما يريد[٤]، ولم يذكر حكم الاطلاق.

واختار المصنف في المختلف الجواز بغير مدة[٥]، وفاقاً لما يشعر به كلام ابن ادريس[٦]. والأصح انه تمليك منفعة، وأن تعيين المدة غير شرط.

أما الأول: فلأن الحل دائر بين العقد والملك، ولما امتنع الأول هنا تعيّن الثاني، وإنما قلنا: إن كونه عقداً ممتنع؛ لأن العقد منحصر في الدوام والمتعة، وانتفاء الأول ظاهر؛ لأن ثبوته يستلزم توقف رفعه على الطلاق، وأنه يجب بالدخول المهر، ونحو ذلك

---

(١) الانتصار: ١١٨.

(٢) الشيخ المفيد في المقنعة: ٨٠، والشيخ الطوسي في المبسوط ٣: ٧٥.

(٣) المبسوط ٤: ٢٤٦.

(٤) النهاية: ٤٩٤.

(٥) المختلف: ٥٧٠.

(٦) السرائر: ٣٦٣.

ولـو أباح أمته لعبده، فإن قلنا إنه عقد أو تمليك وأن العبد يملك حلّت، وإلّا فلا. والأول أولى، لأنه نوع اباحة والعبد أهل لها.

مما هو معلوم الانتفاء.

وأما انتفاء المتعة فلأنها مشروطة بالمهر، ولامهر مع التحليل؛ لأن المفهوم من الأخبار أنه تمليك مخصوص لمنفعة مخصوصة شرعاً، فثمرته تقرب من ثمرة العارية. وكذا يشترط في المتعة الأجل، وهو منتف هنا لما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ويزيد ذلك بياناً أن النكاح عقد لازم ولا شيء من التحليل بلازم، إلّا أن يدعي المرتضى لزومه ، وهو بعيد. واذا انتفى الدوام والمتعة امتنع كونه نكاحاً، فتعيّن كونه من قبيل الملك.

وأما الثاني؛ فلأن كون الشيء شرطاً في آخر شرعاً إنما يكون بتعين الشارع، وإنـما يكون ذلك بالنقل، والأخبار الواردة في هذا الباب خالية من ذلك، فالقول بالاشـتراط باطـل لا محالة، بل لو شرط مدة كان له الرجوع متى شاء؛ لانتفاء المقتضي للزوم، ولأنه ينزع بنزع العارية.

اذا تقرر ذلك فعلى كل من القولين لابد من القبول، أما اذا كان عقد نكاح فظاهر، وأما اذا كان تمليكاً؛ فلأنه في معنى هبة المنفعة، فيكون أيضاً من قبيل العقود فاعتبر فيه القبول، ولأن النكاح مبني على كمال الاحتياط فيراعى فيه وجود ما يقطع بسببيته.

قوله: (ولو اباح أمته لعبده فإن قلنا إنه عقد، أو تمليك وأن العبد يملك حلت، وإلّا فلا. والأول أولى؛ لأنه نوع اباحة والعبد أهل لها).

اختلف الأصحاب القائلون بحل الأمة بتحليل المولى، في أنه اذا احل أمته لعبده هل تحل له بالتحليل على قولين:

. . . .

أحدهما: ـ واختاره الشيخ في النهاية[١]، والمصنف في المختلف[٢]، وجماعة[٣] ـ العدم؛ لصحيحة علي بن يقطين عن أبي الحسن الماضي عليه السلام، انه سئل عن المملوك أيحل له أن يطأ الأمة من غير تزويج اذا أحل له مولاه؟ قال: «لايحل له»[٤]، ولأنه نوع تمليك والعبد ليس أهلاً له.

والثاني: ـ واختاره ابن ادريس[٥] ـ الحل؛ لأنه لا مانع منه من كتاب ولاسنة ولا اجماع، والأصل الاباحة، ولعموم قوله تعالى: ﴿فانكحوهن باذن اهلهن﴾[٦]، وقوله تعالى: ﴿وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم﴾[٧].

واعترضه المصنف في المختلف[٨] بوجود المانع، وهو الخبر الصحيح والدلالة العقلية، وفي هذا الكتاب بنى الحكم بالحل وعدمه هنا على القولين في المسألة التي قبله أوّ لاً، ثم اختار الحل معرضاً عن هذا البناء؛ لأنه أهل للنكاح قطعاً.

وإن جعلناه تمليكاً ، فإن قلنا: إن العبد يملك فكذلك، وإن لم نقل بواحد من الأمرين ـ اعني كونه نكاحاً، أو تمليكاً مع القول بأن العبد يملك ـ لم يحل له؛ لأن الحل حينئذٍ دائر مع الملك وهو منتفٍ.

والمراد بالأول في قول المصنف: (والأول أولى لأنه نوع اباحة...) هو الحل المستفاد من قوله:(حلت)، فيكون الثاني هو ما دل عليه قوله:(وإلّا فلا) اعني عدم

---

(١) النهاية: ٤٩٤.

(٢) المختلف: ٥٧٩.

(٣) منهم فخر المحققين في الايضاح ٣: ١٦٧.

(٤) التهذيب ٧: ٢٤٣ حديث ١٠٦٢، الاستبصار ٣: ١٣٧ حديث ٤٩٥.

(٥) السرائر: ٣١٤.

(٦) النساء: ٢٥.

(٧) النور: ٣٢.

(٨) المختلف: ٥٧٩.

. . . .

الحل.ومراده أن القول بالحل أولى من غير بناء على أن العبد يملك.

بيانه: انا اذا جعلنا التحليل نكاحاً فترتب الحل عليه للعبد من غير نظر الى كونه يملك أو لايملك أمر واضح.

واذا جعلناه تمليكاً فلا نريد به إلاّ كونه ضرباً من ضروب الاباحة، والعبد اهل لها.

قلت: ما لمحه المصنف هنا ملمح حسن دقيق، والمنع بناء على التمليك وأن العبد لايملك كلام ظاهري، وتحريره إن القدر المعقول من الملك في هذا الباب هو في معنى الاباحة، والحر والعبد في ذلك سواء.

وبيانه: أن النكاح يفيد ملكية منافع البضع للزوج، وهذا يحكم بوجوب مهر المثل على من تولت ارضاع الزوجة على وجه ينفسخ به النكاح، وهذا وإن لم يكن ملكاً محضاً؛ لأن الموطوءة بالشبهة تستحق مهرالمثل دون زوجها، إلاّ أن هذا الاطلاق صحيح عندهم لايمنع منه مانع، وهذا القدر يحصل بالتحليل، بل الحاصل به اضعف منه وإن خص الأول باسم النكاح والثاني باسم الملك.

ولما كان العبد كالحر في استفادة ملكية المنافع في النكاح وجب أن يكون كذلك في التحليل بطريق أولى، والظاهر أن المراد بالملك في هذا ونظائره الاستحاق كما نقول فيما اذا نذر زيد لعمرو أن يسكنه داره سنة، أو يعطيه كذا من ماله أو يطعمه ويسقيه كذا من طعامه وشرابه، استحق عمرو ذلك وملكه. ولو كان عمرو عبداً لم يتفاوت الحال في الاستحقاق والاطلاق، ومثله ما لو استحق طلب انسان إلى مجلس الحكم فإنه يقال ملكه.

ولا يختلف الحر والعبد في هذا الاطلاق، وحيث لم يعقل من ملك منافع البضع إلاّ هذا القدر في النكاح والتحليل، وعلمت أن ذلك ثابت للعبد لامحالة، فالقول بمنع التحليل في حقه لا وجه له.

ويجوز تحليل المدبرة وأُم الولد، دون المكاتبة وإن كانت مشروطة، والمرهونة.

وأما الرواية فإنها غير صريحة بالمنع في صورة النزاع، إذ لا صراحة فيها بكون الأمة ملكاً للمولى، فجاز أن يكون المسؤول عنه تحليل مولى العبد أمة الغير أو أنه أراد التحليل بدون الصيغة الشرعية.

ويمكن حملها على التقية؛ لأن العامة يمنعون التحليل مطلقاً، ولايخفى أنه لا فرق بين اباحة أمته لعبده أو عبد غيره اذا اذن سيده، ولعل المصنف إنما لم يعمّم العبارة بحيث يشمل عبد الغير؛ لاحتياجه حينئذٍ الى التقييد باذن السيد.

قوله: (ويجوز تحليل المدبرة وأُم الولد دون المكاتبة وإن كانت مشروطة والمرهونة).

كما يجوز تحليل وطء المملوكة القنة كذا يجوز تحليل وطء المدبرة؛ لأن التدبير لايخرج المدبر عن الملك، ولايمنع من تصرف المولى فيه؛ لبقاء الملك كما كان قبل التدبير، فإن كونه بحيث يستحق العتق بالموت لايقتضي خلاف ذلك.

ومن ثم صحت اجارة المدبر وعاريته، ولا ينافي شيء من ذلك بقاء التدبير، بخلاف ما لو باعه أو وهبه، وكذا يجوز تحليل أُم الولد؛ لما قلناه في المدبرة.

أما المكاتبة فلايصح تحليلها وإن كانت مملوكة؛ لانقطاع سلطنة المولى عنها بالكتابة وتسلطها على منافع نفسها، ولهذا لايجوز للمولى وطؤها بحال، ولا فرق بين كون الكتابة مطلقة أو مشروطة.

وإنما عطف المصنف المشروطة إن الوصلية؛ لأنها الفرد الاخفى، لأن انقطاع السلطنة في الكتابة المطلقة اقوى.

وكذا لا يجوز تحليل أمته المرهونة؛ لأنه لايجوز للراهن التصرف في الرهن لأجل حق المرتهن بوطء ولاغيره إلا باذنه، وعلى هذا فإذا احلها للمرتهن حلت؛ لانحصار الحق فيهما.

ولو ملك بعضها فأباحته لم تحل، ولو أحل الشريك حلّت على رأي.

قوله: (ولو ملك بعضها فأباحته لم يحل، ولو أحل الشريك حلت على رأي).

لو ملك مالك بعض الأمة فبعضها الأخر إما حر أو مملوك لغيره، فإن كان حراً فأباحته نفسها لم تحل له؛ لأن الحرة إنما تحل بالنكاح دون الاباحة قطعاً. وإن كان مملوكاً للغير فأحلها الشريك ففي حلها للأصحاب قولان: أحدهما: ـ واختاره المصنف، ومنعه ابن حمزة[1] محتجاً بأنه يلزم تبعض سبب البضع، وقد تقدّم الكلام في ذلك قبل الفصل الثاني في مبطلاته وأن الأصح عدم الحل بذلك، فلاحاجة إلى اعادته، وينبغي التنبيه بشيئين:

الأول: موضوع المسألة السابقة وموضوع هذه المسألة متغايران، فيخرج بذلك عن التكرار. بيانه: إن موضوع السابقة ما اذا كان مزوجاً بأمة مشتركة فاشترى نصيب أحد الشريكين، وموضوع هذه احلال أحد الشريكين الأمة المشتركة لشريكه وهو أعم من موضوع الأولى.

الثاني: حكى جماعة أن المصنف رحمه الله كتب على حاشية كتاب القواعد: إنه رأى والده سديد الدين رحمه الله بعد وفاته في النوم فبحث معه في هذه المسألة ومنع الحل فيها، واحتج بأن سبب البضع لا يتبعض. فأجابه والده بمنع التبعض؛ لأن حلها ليس مستنداً إلى حل بعضها بالملك وبعضها بالتحليل ليلزم ذلك، بل هي قبل التحليل حرام وبه يحصل حلها فلا تبعض.

واعترض بأنّ للملك دخلاً ولولاه لما حلت، والتحليل وهو الجزء

---

(١) الوسيلة: ٣٥٩.

ولو أباح الوطء حلّت مقدمات الاستمتاع، ولو أحل المقدمات أو بعضها لم يحل الباقي.

الأخير من اجزاء السبب فتبعض السبب.

واحتمل شيخنا الشهيد الحل بوجه آخر، وهو أن التبعض الممنوع منه هو ما يتألف من الملك والتزويج، أما ما يرجع إلى الملك وحده فلا، وهو هنا كذلك؛ لأن التحليل راجع الى الملك كما حققناه، فلا يمنع ضمه الى ملك النصف، كما لو ملك مجموع الأمة بسببين مختلفين كالارث والبيع ونحوهما، فإن هذا التبعيض غير قادح قطعاً، وهذا مثله. ولاشك أن ما احتمل محتمل لايخلو من وجه.

قوله: (ولو أباح الوطء حلّت مقدمات الاستمتاع، ولو أحل المقدمات أو بعضها لم يحل الباقي).

لا ريب أن اعلى مراتب الاستمتاع الوطء، وما عدا ذلك من نحو لمس وتقبيل وملاعبة وما جرى هذا المجرى فهو دونه ومحسوب من مقدماته؛ لأنه لا ينفك من تقدمها عليه غالباً ولا موقع له بدونها.

فإذا اباح مولى الأمة وطأها حل المقدمات لمن أحل له الوطء، نظراً إلى اقتضائه إياها غالباً، ولأن تحليل الأقوى يدل على تحليل ما دونه بطريق أولى.

أما لو أحل المقدمات ولم يتعرض للوطء فإنه لايحل قطعاً لانتفاء المقتضي فيستصحب أصل التحريم، وكذا لو أحل بعض المقدمات لم يحل قطعاً ولا البعض الآخر منها؛ لانتفاء المقتضي، ولرواية الحسن بن عطية عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «اذا أحل الرجل من جاريته قبلة لم يحل له غيرها، وإن أحل له منها دون الفرج لم يحل له غيره، وإن أحل الفرج حل له جميعها»[١]، وفي معناها غيرها[٢].

---

(١) الكافي ٥:٤٧٠ حديث ١٥، التهذيب ٧:٢٤٥ حديث ١٠٦٦.

(٢) الكافي ٥:٤٦٨ حديث ٤.

ولا تستباح الخدمة بإباحة الوطء وبالعكس .

ولو وطأ من غير اذن كان زانياً إن كان عالماً، وعليه العقر إن اكرهها أو جهلت، والولد للمولى،

ولو كان بعض الذي احله مستلزماً لبعض آخر غالباً، كالتقبيل المستلزم للمس بشهوة لم يبعد استفادة حل الثاني من احلال الأول.

قوله: (ولا تستباح الخدمة باباحة الوطء، وبالعكس).

أما الأول؛ فلأن الخدمة منفعة لا يتناولها عقد التحليل ولا يقتضيها، فيبقى على حكم المنع منها استصحابا لما كان.

وأما الثاني وهو العكس ؛ فلأن حل الوطء له عقد برأسه لايحل بدونه، وكذا مقدماته فكيف يحل باباحة الخدمة.

قوله: (ولو وطأ من غير اذن كان زانياً إن كان عالماً وعليه العقر إن اكرهها أو جهلت والولد للمولى).

ينبغي أن يكون هذا متصلاً بقوله: (وبالعكس)؛ ليكون ذكره سبباً لذكره، ويجوز أن يكون حكمًا مستقلًا بنفسه، والأول احسن.

أي: لو اباحه الخدمة فقد قلنا إنه لا يستبيح الوطء، فلو وطأ في هذه الحالة من غير اذن، والمراد من غير اذن يقتضيه، وهو الاذن المستفاد من عقد التحليل.

فإما أن يكون عالماً بالتحريم أو جاهلاً به، اما لجهله بها كأن ظنها أمته، أو لتوهمه أن اباحة الخدمة يقتضي حل الوطء.

فإن كان عالماً بالتحريم فهو زان لا محالة يجب حده، ثم هي إما أن تكون مطاوعة أو مكرهة، فإن طاوعت فإما أن تكون عالمة بالتحريم أو لا، فإن كانت مكرهة أو جاهلة بالتحريم فعليه العقر لمولاها، وهو العشر إن كانت بكراً ونصف العشر إن كانت ثيباً، لما ذكر في نظائره غير مرة.

ولو جهل فالولد حر وعليه القيمة.

وولد التحليل حر بشرط الحرية أو اطلق، ولا شيء على الأب على رأي.

ويجب مع العقر أيضاً أرش البكارة؛ لأن ازالتها جناية خارجة عن عوض الوطء، وإن كانت عالمة بالتحريم ففي وجوب العقر اشكال، تقدّم في كلام المصنف ذكره غير مرة.

وقد نقحناه في أول هذاالباب، وقد بينا أنه لامهر في مثل هذا؛ لأنها بغي، نعم يجب أرش البكارة؛ لأنها جناية مستقلة، وليس من المهر في شيء.

وهذا الحكم وهو عدم وجوب المهر مع علمها بالتحريم ومطاوعتها مستمر مع علمه وجهله، فحقه أن يكون قوله: (وعليه العقر) مستقلاً غير متصل بكونه عالماً.

إلّا أن قوله: (والولد للمولى) يقتضي اتصاله به، فإن الولد إنما يكون للمولى اذا لم يكن لاحقا بالواطئ، وإنما يكون ذلك اذا كان عالماً.

قوله: (ولو جهل فالولد حر وعليه القيمة).

أي: لو جهل الواطئ التحريم فالولد حر، وذلك لأنه نسبه لكن عليه قيمته يوم سقوطه حياً لمولى الأمة؛ لأنه نماء ملكه وقد فات منه بغير اذنه فوجب عوضه، وهو قيمته لو كان رقيقاً في أول اوقات امكان تقويمه، وهو حين سقوطه حياً، ولو حصل للأمة نقص بسبب ذلك وجب أرشه.

قوله: (وولد التحليل حر شرط الحرية أ و أطلق، ولاشيء على الأب على رأي).

للولد الحاصل بالتحليل ثلاثة احوال: أن يشترط الأب على المولى حريته في عقد التحليل، وأن يشترط المولى رقيته، وأن يطلق العقد بحيث يخلو من الأمرين.

فإن شرطا الحرية فالولد حر اجماعاً، ولا قيمة على الأب هنا اجماعاً.

. . . .

وإن اطلقا العقد فللأصحاب قولان:

أحدهما: إنه رق، اختاره الشيخ في النهاية والمبسوط، قال في النهاية : متى جعله في حل من وطئها وأتت بولد كان لمولاها، وعلى ابيه أن يشتريه بماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال استسعى في ثمنه[١].

وقال في المبسوط في خلال استدلاله على أن التحليل نوع تمليك لاعقد: ويكون الولد لاحقاً بأُمه ويكون رقاً، إلّا أن يشترط الحرية، ولو كان عقداً بمعنى التحليل للحق بالحرية على كل حال[٢].

والثاني: إنه حر، ذهب اليه المرتضى[٣]، وابن ادريس[٤]، وجمع من المتأخرين[٥] منهم المصنف، واختاره الشيخ في الخلاف[٦]، وهو الأصح.

لنا أن الحرية مبنية على التغليب والسراية، ولهذا يسري العتق بأقل جزء يتصور، ولاشبهة في أن الولد متكون من نطفة الرجل والمرأة كما نطق به القرآن العزيز، فيغلب جانب الحرية ولموثقة اسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يحلل جاريته لأخيه ـ إلى أن قال ـ : قلت:فجاءت بولد قال: «يلحق بالحر من أبويه»[٧].

ولحسنة زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يحل جاريته لأخيه قال: «لابأس »، قال: قلت: فإن جاءت بولد قال: «يضم إليه ولده وترد الجارية على

---

(١) النهاية: ٤٩٤.

(٢) المبسوط ٤:٢٤٦.

(٣) نقله عنه فخر المحققين في الايضاح ٣:١٦٨.

(٤) السرائر: ٣١٣.

(٥) منهم المحقق في الشرائع ٢:٣١٧، والمقداد السيوري في التنقيح ٣:١٧٧.

(٦) الخلاف ٢: ١٧٠.

(٧) التهذيب ٧:٢٤٧ حديث ١٠٧١، الاستبصار ٣:١٣٩ حديث ٥٠٠.

. . . .

صاحبها»، قلت له: انه لم يأذن في ذلك، قال: «انه قد اذن له وهو لايأمن أن يكون ذلك»[١].

وغير ذلك من الأخبار[٢].

احتج الشيخ بما رواه ضريس بن عبدالملك قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يحلل لأخيه فرج جاريته، قال: «هو له حلال»، قلت: فإن جاءت بولد منه قال: «هو لمولى الجارية، إلّا أن يكون قد اشترط على مولى الجارية حين احلها إن جاءت بولد فهو حر»[٣].

وفي معناها رواية الحسين العطار عنه عليه السلام[٤].

وجوابه: إن الروايات من ذلك الجانب اكثر واشهر بين الأصحاب واوضح طريقاً، فلاتصلح هذه لمعارضتها.

وإن شرطا الرقية، وهي الحالة الثانية ولم يتعرض اليها المصنف.

فعلى قول الشيخ في النهاية والمبسوط[٥] الشرط تأكيد لمقتضى التحليل، ويترتب عليه عدم وجوب الفك على الأب ولا السعاية، وعلى القول بانعقاده حراً المشهور بين الأصحاب صحة الشرط.

قال شيخنا في شرح الارشاد: ولا قاطع يدل عليه بل ولاحديث ولهذا توقف فيه المحقق، ثم قال: ويمكن الاستدلال باشتهاره بين الأصحاب وعدم علم المخالف

---

(١) التهذيب ٧: ٢٤٧ حديث ١٠٧٣، الاستبصار ٣: ١٣٩ حديث ٥٠٢.

(٢) التهذيب ٧: ٢٤٦ حديث ١٠٧٠، الاستبصار ٣: ١٣٩ حديث ٤٩٩.

(٣) التهذيب ٧: ٢٤٦ حديث ١٠٦٨، الاستبصار ٣: ١٣٨ حديث ٤٩٧.

(٤) التهذيب ٧: ٢٤٦ حديث ١٠٦٩، الاستبصار ٣: ١٣٨ حديث ٤٩٥.

(٥) النهاية: ٤٩٤، المبسوط ٤: ٢٤٦.

الفصل الرابع: في بقايا مسائل متبددة:

يكره وطء الفاجرة، والمولودة من الزنا، وأن ينام بين حرتين، وأن يطأ حرة وفي البيت غيره، ولا بأس بها في الإماء.

وعموم: «المسلمون عند شروطهم»[1].

أقول: قد بيّنا فيما سبق الدليل الدال على عدم صحة هذا الشرط في النكاح، وهذا بعينه آت هنا، إلّا أن يبلغ فتوى الأصحاب هنا مبلغ الاجماع، فيكون هو الحجة.

اذا عرفت ذلك فقول المصنف: (شرط الحرية أو اطلق ولاشيء على الأب) يريد به كون الرأي في الحرية وعدم وجوب شيء على الأب مع الاطلاق، فإن مع اشتراط الحرية لا خلاف في الحكمين.

قوله: (الفصل الرابع: في بقايا مسائل متبددة).

إنما كانت هذه المسائل متبددة؛ لأنها من أبواب شتى حاول بها تكميل المباحث السابقة.

قوله: (يكره وطء الفاجرة والمولدة من الزنا، وأن ينام بين حرتين، وأن يطأ حرة وفي البيت غيره، ولا بأس بها في الاماء).

لاشبهة في كراهية وطء الزانية بالعقد والملك؛ لما فيه من العار وخوف اختلاط الماءين، وكذا يكره وطء المولودة من الزنا لكل من الأمرين. روى محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام عن الخبيثة يتزوجها الرجل قال: «لا، وإن كانت أمة فإن شاء وطأها ولا يتخذها أم ولد»[2].

---

(١) التهذيب ٢٢:٧ حديث ٩٣، سنن الدارقطني ٣: ٢٧ حديث ٩٨ و ٩٩.

(٢) الكافي ٣٥٣:٥ حديث ٤، التهذيب ٣٠٧:٨ حديث ٧٣٣.

وللسيد استخدام الأمة نهاراً، وعليه تسليمها إلى زوجها ليلاً.
وهل له اسكانها في بيت في داره، أو للزوج اخراجها ليلاً ؟ نظر أقربه الأخير.

والمراد بذلك أن يعزل عنها حذراً من حملها.

وكذا يكره النوم بين حرتين؛ لما فيه من الامتهان لهما، بخلاف الأمتين. وكذا يكره أن يطأ الحرة وفي البيت غيره، ولا بأس بذلك في الأمة.

وينبغي تقييد الغير بكونه مميزاً، روى الكليني باسناده الى الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله : والذي نفسي بيده لو أن رجلاً غشي امرأته وفي البيت مستيقظ يراهما ويسمع كلامهما ونفسهما ما افلح ابداً إن كان غلاماً كان زانياً، أو كانت جارية كانت زانية»[1].

وروى الشيخ باسناده إلى الصادق عليه السلام قال: «لايجامع الرجل امرأته ولا جاريته وفي البيت صبي، فإن ذلك مما يورث الزنا»[2].

وقول المصنف: (ولا بأس به في الاماء) يريد به النوم بين أمتين ووطء المرأة وفي البيت غيره.

قوله: (وللسيد استخدام الأمة نهاراً، وعليه تسليمها الى زوجها ليلاً وهل له اسكانها في بيت في داره، أم للزوج اخراجها ليلاً؟ نظر اقربه الأخير).

اذا زوّج السيد أمته لم يلزمه تسليمها الى الزوج ليلاً ونهاراً قطعاً، بل يستخدمها نهاراً ويسلمها إلى الزوج ليلاً؛ لأن السيد يملك من أمته منفعة

---

(١) الكافي ٥:٥٠٠ حديث ٢.

(٢) الكافي ٥:٤٩٩ حديث ١، التهذيب ٧:٤١٤ حديث ١٦٥٥.

. . . .

الاستخدام ومنفعة الاستمتاع ، فإذا زوجها فقد عقد على احدى منفعتيها، وبقيت المنفعة الاخرى يستحق استيفاءها في وقتها وهو النهار،كما لو آجر الأمة فإنه يسلمها للمستأجر وقت الاستخدام وهو النهار، ويمسكها ليلاً لاستيفاء المنفعة الاخرى.

ولو أراد أحدهما تسليمها نهاراً للاستمتاع بدلاً من الليل لم يلزم الآخر اجابته؛ لأن الليل وقت الاستراحة والاستمتاع، وعليه التعديل في القسم بين النساء.اذا تقرر ذلك.

فلو قال السيد: لا أخرجها من داري لكن افرد لكما بيتا لتخلوا فيه، فأبى الزوج إلاّ اخراجها ليلاً، ففي تقديم اختيار السيد أو الزوج نظر، ينشأ من احتمال كل منهما:

أما السيد؛ فلأنه يستحق دوام يده على ملكه،فإذا لم يناف حق الزوج حيث يتمكن من الوصول الى حقه كان فيه الجمع بين الحقين.

وأما الزوج ؛ فلأن له على الزوجة حق التبعية؛ لقوله تعالى: ﴿**الرجال قوامون على النساء**﴾[1] فتعين المكان اليه، ولأن الحياء والمروة يمنعانه من دخول دار السيد، ولأن التسليم ليلاً إلى الزوج يجب أن يكون تاماً؛ لانقطاع حق السيد عنها في الليل، ولايكون تاماً إلاّ بما قلناه.

ولقوة دلائل هذا الوجه على الذي قبله كان هو الأقرب عند المصنف، والأصح في الفتوى.

ووجه ضعف ما قبله أن لمانع أن يمنع أن للسيد ادامة يده على الأمة ليلاً؛ لأنه لما عقد على منفعة الليل انقطعت سلطنته عنها ليلاً. وكذا له أن يمنع أن في ذلك جمعاً

---

(١) النساء: ٣٤.

ولو كانت محترفة وأمكنها ذلك في يد الزوج، ففي وجوب تسليمها إليه نهاراً اشكال.

وللسيد أن يسافر بها، وليس له منع الزوج من السفر ليصحبها ليلاً،

بين الحقين، فإن حق الزوج هو التسليم التام ولايحصل بذلك.

قوله: (ولو كانت محترفة وأمكنها ذلك في يد الزوج، ففي وجوب تسليمها الى الزوج نهاراً اشكال).

أي: لو كانت الجارية المزوجة ذات حرفة، وامكنها عمل تلك الحرفة في يد الزوج، فقال: دعوها تحترف للسيد في يدي، ففي وجوب تسليمها إليه نهاراً اشكال ينشأ: من أن المانع من تسليمها اليه نهاراً هو فوات حق السيد، وفي الصورة المذكورة المانع المذكور منتف فوجب التسليم.

ولأن لكل من السيد والزوج حقاً متعلقاً بها، ومع التسليم على الوجه المذكور يحصل الجمع بين الحقين فكان واجباً. ومن أن حق كل منهما اختص بزمان؛ نظراً إلى ارتباطه به غالباً، فحق الزوج مناطه الليل؛ لأنه محل الاستمتاع غالباً، وحق السيد مناطه النهار كذلك، فلا يتغير ذلك بحدوث حالة نادرة، على أن حق السيد ليس منحصراً في الحرفة. وقد يبدو له فيريد استخدامها وهذا أصح، ومن هذا البيان يظهر انتفاء الجمع بين الحقين بذلك.

قوله: (وللسيد أن يسافر بها، وليس له منع الزوج من السفر ليصحبها ليلاً).

اذا أراد السيد أن يسافر بالأمة المزوجة كان له ذلك، ولم يكن للزوج المنع؛ وذلك لأن السيد مالك للرقبة واحدى المنفعتين، وليس للزوج إلّا المنفعة الاخرى فكان جانبه اقوى من جانب الزوج، فلو أراد الزوج والحالة هذه أن يسافر معه ليستمتع بها ليلاً لم يكن للسيد منعه؛ لأن ذلك حق ثابت له.

وإنما تجب النفقة بالتسليم ليلاً ونهاراً، فلو سلّمها ليلاً فالأقرب عدم وجوب نصف النفقة ويسقط مع سفر السيد بها.

قوله: (وانما تجب النفقة بالتسليم ليلاً ونهاراً، فلوسلّمها ليلاً فالأقرب عدم وجوب نصف النفقة، وتسقط مع سفر السيد بها).

يجب بالنكاح الدائم من الحقوق المالية شيئآن: المهر، والنفقة. أما المهر فإنه يجب كله بالعقد عند المحققين في غير المفوضة ويستقر بالدخول، ولايجب تسليم الزوجة إلّا مع تسليمه.

ولو سافر بها السيد قبل التمكين لم تكن له المطالبة، بخلاف ما لو مكن منها فلم يتسلم الزوج. وأما النفقة فالمذهب أنها إنما تجب بالتمكين التام شرعاً.

إذا تقرر هذا فنقول: انا قد بينا أن الأمة المزوجة لايجب على السيد تسليمها ليلاً ونهاراً، بل ليلاً خاصة. فإن اتفق تسليمها إليه ليلاً ونهاراً فلا كلام في وجوب جميع النفقة، وإن سلمها ليلاً خاصة ففي النفقة ثلاثة أوجه:

أحدها: وجوب جميعها؛ لحصول التمكين التام، إذ لا يراد منه إلّا التمكين الواجب شرعاً؛ لأن غيره غير منظور إليه عند الشارع، وكما أن المنع من الاستمتاع زمان الحيض والمرض مثلاً لا يمنع وجوب النفقة ولا شيء منها، ومثله منع الزوجة من التسليم قبل الدخول لقبض المهر، فكذا المنع من الاستمتاع هنا نهاراً لا يسقط النفقة.

وفيه نظر؛ لأن المنع في المرض والحيض إنما جاء من قبل الشارع لا من قبل الزوجة، والمنع من التسليم قبل الدخول جاء من قبل الزوج؛ لأن هذا المنع إنما يترتب على منعه المهر المستحق بالنكاح، بخلاف المنع لمصلحة السيد؛ لاستيفاء المنفعة المستحقة، كما لو آجرت الحرة نفسها تعمل نهاراً مدة ثم تزوجت في خلالها، فإن حق المستأجر نهاراً مقدّم، ولا يعد ذلك عذراً في النفقة ولا يجب وإن سلمت نفسها ليلاً.

. . . .

وثانيها: ـ وهو الأقرب عند المصنف والأظهر في الفتوى ـ عدم وجوب شيء منها؛ لأن مناط الوجوب التسليم التام، وهو منتفٍ فينتفي الوجوب، ومما ذكرناه في ضعف الوجه الأول والثالث يتبيّن وجه القرب هنا.

وثالثها: التقسيط، فيجب نصف النفقة في مقابل التسليم ليلاً؛ لأنه نصف الزمان عادة، ويسقط النصف في مقابل المنع نهاراً؛ لأن التسليم المقتضي للانفاق قد حصل في بعض الزمان، والمنع المقتضي للسقوط قد حصل في بعض، فوجب أن يوفر على كل مقتضاه، كما لو نشزت الحرة نهاراً ثم اطاعت ليلاً فإن نفقة النهار تسقط وتجب نفقة الليل.

وقيل في التقسيط: إن نفقة الليل على الزوج فيجب عليه العشاء وما تحتاج إليه من الملبس في الليل، وعلى السيد الغداء وما تحتاج إليه من الملبس في النهار.

وفيه نظر؛ لأن التسليم التام هو التسليم الذي ظاهره عموم الأزمنة وشمول جميع الاستمتاعات. فكما أن التمكين من بعض الاستمتاعات والمنع من بعضها لا يجب معه شيء من النفقة ولا تكون موزعة على الاستمتاعات، فكذا التمكين في بعض الزمان مع المنع في بعض.

ويزيده بياناً أن الأصل عدم استحقاق النفقة بدون التسليم بجميع الزمان، ولم يثبت كون التسليم ببعض الزمان سبباً في وجوب النفقة أو شيء منها، فينتفي الوجوب بانتفاء مقتضيه.

هذا كله اذا لم يسافر بها السيد، فإن سافر بها لم يكلّف الزوج السفر معها ليترتب عليه الانفاق مع التمكين، فإذا تخلف سقط وجوب الانفاق قولاً واحداً.

ولا يخفى أن قول المصنف: (وإنما تجب النفقة بالتسليم ليلاً ونهاراً) يقتضي أن لا تجب النفقة بدونه، وقوله: (فلو سلّمها....) إنما يدل على سقوط النصف، فهو تفريع غير مستحسن.

ولو قتلها السيد قبل الوطء ففي سقوط المهر نظر، اقربه العدم، كما لو قتلها أجنبي أو قتلت الحرة نفسها.

فرع:

لو سلّمها إليه قبل السفر فلم يدخل ثم سافر بها وجب على الزوج تسليم المهر؛ لأنه غير مشروط بدوام التسليم بخلاف النفقة.

قوله: (ولو قتلها السيد قبل الوطء ففي سقوط المهر نظر، اقربه العدم، كما لو قتلها اجنبي أو قتلت الحرة نفسها).

لا ريب أن هلاك المنكوحة بعد الدخول لا يسقط المهر ولا شيئاً منه، حرة كانت أو أمة، سواء هلكت بالموت أو القتل، لاستقراره بالدخول.أما قبل الدخول، فإذا قتل السيد الأمة فإن في وجوب المهر وسقوطه وجهين متقابلين ينشأ النظر من الالتفات اليهما:

أحدهما: السقوط؛ لأنها فرقة حصلت قبل الدخول من مستحق المهر، فكان كفسخ الزوجة وردتها قبل الدخول، ولأن تزويج السيد الأمة بحكم الملك، فهو كالمعاوضة المالية فقتله إياها قبل الدخول كاتلاف البائع المبيع قبل القبض.

وثانيهما: العدم؛ لأنها فرقة حصلت بانتهاء العمر فهي كالموت قبل الدخول. وهذا إنما يتم على القول بأن المقتول لو لم يقتل لمات، وهي مسألة كلامية.

وعندي في هذا البناء شيء؛ لاطلاق النص[١] بكون الموت موجباً لاستقرار المهر الشامل للموت بالقتل وغيره، وكونه بحيث يعيش لولا القتل لا دخل له.

والأقرب من الوجهين عند المصنف الثاني، ووجه القرب أن المهر قد وجب بالعقد والأصل بقاؤه، ولم يثبت كون القتل موجباً للسقوط، والنكاح ليس معاوضة

---

(١) التهذيب ٨:١٤٧ حديث ٥١٣، الاستبصار ٣: ٣٤٢ حديث ١٢٢٣.

. . . .

محضة، وكون تزويج السيد الأمة بحكم الملك لو أوجب هنا السقوط لأوجبه فيها اذا ماتت حتف انفها قبل الوطء كما لو باعها فماتت قبل القبض،

وقد نبّه المصنف على حكم هذه المسألة بذكر مسألتين:

احداهما: ما اذا قتل الأمة أجنبي.

والثانية: ما اذا كانت الزوجة حرة فقتلت نفسها، ومقتضىٰ ذلك عدم السقوط فيها وجها واحداً.

والتحقيق أن الاحتمال متطرق اليهما، أما اذا قتل الأجنبي الأمة؛ فلأنه على اعتبار التزويج بحكم المالية كاتلاف المبيع قبل قبضه، وهنا ليس للزوج تضمينه شيئاً إذ لايجب سوى عوض النفس، بخلاف اتلاف المبيع فيلزم السقوط.

وإن كان الحكم به هنا اضعف من الحكم به اذا قتلها السيد، فإن المهر إنما يسقط بالفسخ إذا حدث من المستحق له. ومثل قتل الأجنبي ما اذا قتلها الزوج، فإن قتله هنا لايتضمن القبض، كما لو قتل العبد المستأجر.

وأما الحرة إذا قتلت نفسها فإن مطلق النكاح فيه شائبةالمعاوضة، فقتلها نفسها قبل الدخول كاتلاف البائع المبيع قبل القبض، فيلزم السقوط هنا أيضاً. وربما فرّق بين الحرة والأمة: بأن الحرة كالمسلمة إلى الزوج بالعقد، فإن له أن يمنعها من المسافرة، وليست الأمة كذلك؛ لأن للسيد أن يسافر بها. وتأثير هذا الفرق غير واضح، ولو أثر لزم استقرار مهر الحرة بالعقد مع عدم نشوزها حينئذٍ.

والمذهب في المسائل كلها عدم السقوط؛ لأن النكاح ليس على نهج المعاوضات؛ولا منافع البضع كسائر منافع الأموال،وقد وجب المهر بالعقد وثبت أن الطلاق يشطره، والفسخ من قبل الزوجة ومن جرى مجراها يسقطه، فيقتصر على ذلك ويحكم في باقي الأحوال باللزوم بحكم الاستصحاب، ولعل المصنف أراد بالأجنبي والحرة ذكر نظير المسألة، أو أراد أن الحكم بالسقوط فيهما اضعف.

وإذا عقد لشهادة اثنين لها بالحريه وأولدها، فعليهما ما أتلفاه عليه من مهر وقيمة الولد لتزويرهما، وفي تضمينهما ما زاد عن مهر المثل اشكال.

قوله: (وإذا عقد بشهادة اثنين لها بالحرية فاولدها، فعليهما ما اتلفاه عليه من مهر وقيمة الولد لتزويرهما، وفي تضمينهما ما زاد عن مهر المثل اشكال).

أي: إذا عقد على الأمة بشهادة اثنين بكونها حرة، ثم تبيّن رقها وقد دخل بها وأولدها، فلا شك في تضمينهما ما اتلفاه عليه بشهادتهما، وذلك هو المهر وقيمة الولد؛ لأنهما غرّاه بشهادتهما فدخل على أن الولد له بغير ضمان شيء وأن النكاح صحيح، فلما ظهر الخلاف وتبيّن تزويرهما كان له الرجوع عليهما؛ لأن المغرور يرجع على من غره.

وقد تقدّم في كلام المصنف في أول باب نكاح الإماء أن الواجب على العاقد هو المسمّى، ولا ريب أنه قد يزيد على مهر المثل وقد ينقص عنه، فإن لم يزد فلا شبهة في الرجوع بما اغترم، وإن زاد فلا شبهة أيضاً في الرجوع بقدر مهر المثل.

وأما الزائد فإن في الرجوع به اشكالاً ينشأ : من أنهما غراه في ذلك بشهادتهما لها بالحرية، إذ لولاها لما اصدقها ذلك القدر، والمغرور يرجع على من غره. ومن أن اصداقها الزيادة إنما كان باختياره، فإن شهادتهما بالحرية لا توجب اصداق الزائد على مهر امثالها، فكان الزوج مستقلاً باتلاف الزائد حيث انه متبرع ببذله، إذ ليس في مقابله شيء باعتقاده.

ومثله ما لو شهدا بمال لزيد فاشتراه آخر بزائد عن القيمة السوقية، ثم تبيّن تزويرهما وتعذر استرجاع الثمن، فإن في تغريم الشاهدين الزائد عن القيمة اشكالاً.

ولقائل أن يقول: إن أُريد بالتغرير الموجب لاستحقاق الرجوع ما يكون سبباً في الغرم في الجملة، فمعلوم أن الشهادة بالحرية هي الباعث على العقد، ولها دخل في

ولا يشترط في التحليل تعيين المدة على رأي.

كل مهر يذكر في العقد، فوجب الحكم باستحقاق الرجوع به كائناً ما كان.

وإن أُريد به ما يلزم عن الشهادة فمعلوم أن اصل النكاح ليس لازماً عن الشهـادة، وإنما هو مستند الى اختيارالزوج، والشهادة بالحرية من جملة البواعث، فالحكم بتضمين الزائد له وجه.

اذا عرفت ذلك فهنا مباحث:

الأول: اطلق المصنف في العبارة الشاهدين ولم يصرح بكونهما عدلين، ومقتضى الاطلاق أن له الرجوع عليهما بما ذكر بشهادتهما وإن لم يكونا عدلين. وكذا اطلق في المختلف[1] وإن كان كلامه الذي ذكره آخراً تحقيقاً يقتضي عدالتهما، إلّا أن اشتراط العدالة في استحقاق الرجوع بما لزمه غرمه من التغرير لا يظهروجهـه، فإن المدلّس لايشـترط عدالته في استحقاق الرجوع عليه في صورة التدليس، ومتى صح عدم اشتراط العدالة فكذا عدم اشتراط التعدد.

الثـاني: ظاهر العبارة أنهما إنما اتلفا بشهادتهما المهر وقيمة الولد، فلا يرجع عليهما بما سواهما. ويمكن أن يقال: إن النفقة من هذا القبيل أيضاً؛ لأنه إنما بذلها بناء على وجوبها بالزوجية بناء على الحرية وقد ظهر العدم.

الثالث: ينبغي أن يراد بمهر المثل الذي يرجع به جزماً: هو مهر مثلها على تقدير كونها حرة؛ لأن ذلك هو اللائق بها لو كانت حرة، فهو يقتضي الغرر لا محالة، فالزائد عليه هو مناط الاشكال، وليس المراد به مهر مثلها أمة قطعاً وهو ظاهر.

قوله: (ولايشترط في التحليل تعيين المدة على رأي).

قد ذكـرنـا فيما سبق أن الـرأي هو ما عليه اكثر الاصحاب، وأن القول

---

(١) المختلف: ٥٦٦.

وإذا اشترى جارية موطوءة حرم عليه وطؤها قبلاً إلّا بعد الاستبراء. ويجب على البائع أيضاً استبراؤها، فيكفي عن استبراء المشتري، ويصدّقه المشتري مع عدالته على رأي.

باشتراط التعيين هو قول الشيخ في النهاية[1]، ويجيء على قول من يرى أن التحليل نكاح منقطع الاشتراط أيضاً، والأصح العدم، وقد تقدّم البحث في ذلك.

قوله: (وإذا اشترى جارية موطوءة حرم عليه وطؤها قبلاً إلّا بعد الاستبراء، ويجب على البائع أيضاً استبراؤها فيكفي عن استبراء المشتري، ويصدقه المشتري مع عدالته على رأي).

لاريب أنه اذا اشترى جارية قد علم كونها موطوءة تحتم استبراؤها، فلا يسقط بعتق ولا غيره اذا كان الوطء من البائع، وكذا اذا كان من غيره إلّا أن يكون وطءاً يوجب العدة كوطء الزوج في النكاح الدائم والمنقطع، فإن فيه العدة لا محالة.

ويفهم من قول المصنف: (حرم عليه وطؤها قبلاً) جواز الوطء دبراً هنا، وهو غير واضح، فإن الذي يجوز الاستمتاع به في الأمة المملوكة بالبيع اذا وجب استبراؤها هو ما عدا الوطء على ما سبق، فلو اقتصر على قوله: (حرم عليه وطؤها) كان أولى.

وقد بيّنا أن الاستبراء لايكفي مطلقاً بل في غير المزوجة، ولعل اطلاقه اعتماداً على ما سبق منه، وهو أن المزوجة اذا طلقت بعد الدخول اعتدت، وإن فسخ السيد نكاحها استبرأت.

ولاشك أنه كما يجب على المشتري الاستبراء كذا يجب على البائع الاستبراء من وطئه خاصة؛ لقول الصادق عليه السلام في رواية عمار: «الاستبراء على الذي يريد أن يبيع الجارية واجب إن كان يطأها»[2]، ومفهوم الشرط حجة. فإذا فعل كفى ذلك

---

(١) النهاية: ٤٩٤.

(٢) التهذيب ٨: ١٧٧ حديث ٦٢١، الاستبصار ٣:٣٦٣ حديث ١٣٠٣.

ولو اشتراها حاملاً كره له وطؤها قبلاً قبل الوضع أو مضي اربعة أشهر وعشرة ايام إن جهل حال الحمل؛ لأصالة عدم اذن المولى بالوطء، فإن علم اباحته إما بعقد أو تحليل حرم الوطء حتى تضع، وإن علم كونه عن زنا فلا بأس.

عن استبراء المشتري اذا علم به.

ولو اخبره فهل يكفي في السقوط اخباره ؟ فيه قولان تقدما، اصحهما أنه يكفي اذا كان البائع عدلاً.

قوله: (ولو اشتراها حاملاً كره له وطؤها قبلاً قبل الوضع أو مضي أربعة اشهر وعشرة أيام إن جهل حال الحمل؛ لأصالة عدم اذن المولى بالوطء. وإن علم اباحته اما بعقد أو تحليل حرم حتى تضع، وإن علم كونه عن زنا فلابأس).

اذا اشترى أمة حاملاً فلا يخلو: إما أن يكون الحمل عن زنا، أو عن وطء صحيح بنكاح شرعي أو ملك، أو يكون مجهول الحال، وينبغي أن يكون الوطء بشبهة كالنكاح الصحيح، وبه صرح في المختلف[1].

فإن كان الحمل عن زنا جاز وطؤها عند المصنف مطلقاً؛ لأن الزنا لاحرمة له، وإن كان مجهول الحال بحيث لايعلم فيه الحل وعدمه جاز الوطء عنده أيضاً، لكن يكره اذا لم يمض للحمل اربعة اشهر وعشرة ايام.

أما الجواز؛ فلأنه في قوة الزنا، إذ الحل إنما يكون باذن المولى، والأصل عدمه.

وأما الكراهية قبل المدة المذكورة فقد احتج لها المصنف في المختلف[2] بما رواه رفاعة بن موسى النخّاس عن أبي الحسن عليه السلام قلت: إن كانت حاملاً فما لي

---

(١) المختلف: ٥٧٢.

(٢) المختلف: ٥٧٢.

ولو تقايلا البيع وجب الاستبراء مع القبض لا بدونه.

منها ؟ قال: «لك منها ما دون الفرج حتى يبلغ حملها اربعة أشهر وعشرة ايام فلا بأس بنكاحها في الفرج»[١] فلا دلالة فيها على المدعى بعينه.

واصالة عدم اذن المولى في الوطء معارض بأصالة الصحة في فعل المسلم، وبأن امكان الحل كافٍ في وجوب الاجتناب، ولعموم قوله عليه السلام في المسبيات: «لاتوطأ الحبالى حتى يضعن»[٢]، فمن ثم كان التحريم اقوى، وهو اختيار شيخنا الشهيد وبعض المتأخرين.

وإن كان الحمل عن وطء بسبب محترم حرم الوطء حتى تضع عند المصنف[٣] وجماعة، لعموم قوله تعالى: ﴿واولات الاحمال اجلهن أن يضعن حملهن﴾[٤].....[٥].

واطلق الشيخان حل وطء الأمة الحامل بعد المدة[٦]، واكتفى المفيد بأربعة اشهر ولم يقيد الحامل بشيء[٧]، وصرح أبو الصلاح بالتحريم قبل اربعة اشهر واطلق الحامل[٨]، وذهب ابن ادريس الى كراهة الوطء قبلاً، سواء كان الوطء قبل الأربعة أو بعدها[٩]، محتجاً بالاصل، وبعموم قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت ايمانهم﴾[١٠].

قوله: (ولو تقايلا البيع وجب الاستبراء مع القبض لابدونه).

---

(١) الكافي ٥: ٤٧٥ حديث ٢، التهذيب ٨: ١٧٧ حديث ٦٢٢.

(٢) عيون أخبار الرضا (عليه السلام) ٢: ٦٣ حديث ٦٧١، سنن البيهقي ٧: ٤٤٩.

(٣) المختلف: ٥٧٢.

(٤) الطلاق: ٤.

(٥) في النسخة الحجرية: ولما رواه كذا بياض ، وفي نسخة «ش»: ولما رواه، ولم يرد في نسخة «ض» أي شيء.

(٦) النهاية: ٤٩٦.

(٧) المقنعة: ٨٥.

(٨) الكافي في الفقه: ٣٠٠.

(٩) السرائر: ٣٦٥.

(١٠) النساء: ٣.

واذا طلّق المجعول عتقها مهراً قبل الدخول رجع نصفها رقاً لمولاها تستسعى فيه، فإن ابت كان لها يوم وله يوم في الخدمة، ويجوز شراؤها من سهم الرقاب.

والأقرب نفوذ العتق والرجوع بنصف القيمة وقت العقد، كما لو اعتقت المهـر قبل الدخول

اذا تقـايلا المتبـايعان فقد انتقل الملك عن المشتري الى البائع، فإن كان المشتري قد قبض الأمة وجب الاستبراء؛ لأنا قد اسلفنا أن جميع اسباب نقل الملك مثل البيع في وجوب الاستبراء، وبيّنا أن البيع إنما يوجبه مع احتمال الوطء لا بدونه.

فمتى حصل القبض للمشتري وجب بعد التقايل على البائع الاستبراء لا بدونه؛ لانتفاء المقتضي، ومن هذا يعلم أن القبض لا يؤثر في وجوب الاستبراء إلّا اذا كان الوطء معه ممكناً.

قوله:(واذا طـلّق المجعول عتقها مهراً قبل الدخول رجع نصفها رقاً لمولاها تستسعى فيه، فإن أبت كان لها يوم وله يوم في الخدمة، ويجوز شراؤها من سهم الرقاب. والأقرب نفوذ العتق والرجوع بنصف القيمة وقت العقد، كما لو اعتقت المهر قبل الدخول).

هذه من جملة أحكام ما اذا اعتق أمته وتزوجها وجعل العتق صداقها، فهي من تتمة ما سبق، وتحقيقها أنه اذا جعل العتق للأمة مهرها بالصيغة المعتبرة على ما سبق صح كما حققناه.

فإذا طلقها قبل الدخول وجب أن يعود إليه نصف المهر وقد جعل المهر عتقها وقبضته أن يرجع نصفها رقاً لمولاها.

. . . .

ذهب إلى ذلك الشيخ[١]، وابن حمزة[٢]، احتجاجاً بما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام: في رجل اعتق أمة له وجعل عتقها صداقها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: «يستسعيها في نصف قيمتها، فإن ابت كان لها يوم وله يوم في الخدمة»، قال:«وإن كان لها ولد ادى عنها نصف قيمتها وعتقت»[٣].

وقريب منها رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام[٤]، ورواية عباد بن كثير البصري عنه عليه السلام[٥]. وعلى هذا فيجوز شراء نصفها من سهم الرقاب؛ لأنه رقيق.

وذهب ابن الجنيد[٦]، وابن البراج[٧]، وابن ادريس إلى نفوذ العتق ويرجع الولي عليها بنصف قيمتها[٨]، واختاره المصنف في المختلف[٩]، وقربه هنا، وهو الأصح.

لنا إن العتق صح بالاصداق كما صح النكاح، ولهذا لو اصدقها رقيقاً فاعتقته قبل الدخول ثم طلقها فإن العتق ينفذ ويجب عليها قيمة النصف.

وحقيقة العتق فك الملك وزواله، وعوده بعد زواله ممتنع؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع. قال المصنف في المختلف ونعم ما قال: وكلام الشيخ إنما يتم لو قلنا: إن المرأة لا تملك جميع المهر بالعقد، بل تملك نصفه والنصف الاخر بالدخول[١٠].

---

(١) النهاية: ٤٩٧.

(٢) الوسيلة: ٣٥٩.

(٣) الفقيه ٣:٢٦١ حديث ١٢٤٣، التهذيب ٧:٤٨٢ حديث ١٩٣٩، الاستبصار ٣:٢١٠ حديث ٧٦١.

(٤) التهذيب ٨:٢٠٢ حديث ٧١٢، الاستبصار ٣:٢١٠ حديث ٧٦٢.

(٥) التهذيب ٨:٢٠٢ حديث ٧١٣، الاستبصار ٣:٢١٣ حديث ٧٦٣.

(٦) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٧٣.

(٧) المهذب ٢:٢٤٨.

(٨) السرائر: ٣١٦.

(٩) المختلف: ٥٧٣.

(١٠) المختلف: ٥٧٣.

وملك كل من الزوجين صاحبه يوجب فسخ العقد فإن كان المالك الرجل استباح بالملك، وإن كانت المرأة حرمت عليه، فإن أرادته اعتقته أو باعته ثم جددت العقد.

ورواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل اعتق مملوكته وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قال: «مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمتها تسعى فيه ولاعدة عليها»[1].

والجواب عن الاخبار المتقدمة الطعن في سندها، قال المصنف في المختلف: يونس بن يعقوب كان فطحياً قبل وقد رجع، ورواية أبي بصير مرسلة، وعباد عامي[2]، وهنا كلامان:

الأول: بناء على الأصح الواجب للسيد عليها هو قيمة النصف وفي العبارة نصف القيمة، وكذا في الرواية، وفيه تسامح؛ لأن التشقيص قد تنقص به القيمة والواجب هو قيمته على تقدير التشقيص ؛ لأن القيمة بدل منه.

الثاني: إنما تعتبر القيمة وقت العقد؛ لأنه وقت ملك المهر ووقت دخوله في ضمان الزوجة، والطلاق يقتضي عود نصف المعقود عليه للزوج.

واعلم أن في رواية عبد الله بن سنان: أنها تسعى في قيمة النصف، وهو مشكل؛ لأنه دين يجب أن يكون كسائر الديون يجب الانظار به مع الاعسار، ولم يصرح المصنف بذلك في العبارة بل اقتصر على ذكر الرجوع وهو الأنسب بالحال.

قوله: (وملك كل من الزوجين صاحبه يوجب فسخ العقد، فإن كان المالك الرجل استباح بالملك، وإن كانت المرأة حرمت عليه، فإن ارادته اعتقته أو باعته ثم جددت العقد).

---

(١) الفقيه ٣: ٢٦١ حديث ١٢٤٢، التهذيب ٧: ٤٨٢ حديث ١٩٣٨.

(٢) المختلف: ٥٧٣.

ولا يجوز العقد على المكاتبة إلّا باذن مولاها وإن كانت مطلقة فلو علق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل يبطل. وقيل يصح فتعتد عدة الحرة ولا ميراث، وَالأقرب ثبوته مع تعدد الورثة.

قد سبق في أول الباب أن ملك أي الزوجين كان صاحبه يقتضي فسخ العقد، وإنما أعاده هنا ليبيّن أن ملك الزوج للزوجة لايرفع أصل الحل؛ لأن النكاح وإن ارتفع إلّا أنها مملوكة فتحل بملك اليمين فالحل موجود.

والسبب مختلف بخلاف الزوجة إذا ملكت الزوج، فإن كلًا منهما حرام على الاخر؛ لأن الحل بملك اليمين من جانب الرجل لا من جانب المرأة قطعاً، فإن ارادت المرأة ورغبت في نكاحه اعتقته ثم جددت النكاح، أو باعته لغيرها ثم نكحته باذن المولى بعقد مستأنف.

قوله: (ولا يجوز العقد على المكاتبة إلّا باذن مولاها وإن كانت مطلقة).

سيأتي إن شاء الله تعالى أن المكاتبة لاتخرج عن ملك مولاها بمجرد الكتابة بل بأداء مال الكتابة في محله، فحينئذٍ تصير حرة لكنها بالكتابة تنقطع عنها سلطنة المولى في الاكتسابات المحضة كالبيع والشراء، دون غيرها كالنكاح، فلايصح منها بدون اذن المولى سواء كانت الكتابة مطلقة أو مشروطة، وسواء أدت بعض مال الكتابة وان كان اكثره أو لم تؤد شيئاً لبقاء الرق ما بقي شيء منه.

وكما لاتستقل هي بالعقد كذا لايستقل به المولى.

هذا حكم نكاح الغير لها، أما المولى فلا يتصور نكاحه إياها بحال؛ لامتناع اجتماع العقدوالملك، ووطئها بملك اليمين ممتنع؛ لانقطاع سلطنته عنها بالكتابة.

قوله: (ولو علّق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل: تبطل، وقيل: يصح فتعتد عدة الحر ولا ميراث، والأقرب ثبوته مع تعدد الورثة).

. . . .

هنا بحثان:

الأول: اذا علق المولى عتق جاريته بموت زوجها، ففي صحة ذلك على أنه تدبير قولان للأصحاب:

أحدهما: ـ واليه ذهب الشيخ[1]، وابن البراج[2] ـ الصحة، ومال اليه المصنف في باب التدبير، وإن تردد هنا؛ لأن العتق يقبل التأخير وقد جاز تعليقه بموت المولى، فجاز تعليقه بموت غيره ممن له علاقة مثل الزوجية والخدمة، ولرواية محمد بن حكيم قال: سألت ابا الحسن موسى عليه السلام عن رجل زوّج مملوكته من رجل آخر قال لها: اذا مات الزوج فهي حرة فمات الزوج، فقال عليه السلام: «اذا مات الزوج فهي حرة تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، ولا ميراث لها منه ؛ لأنها إنما صارت حرة بموت الزوج»[3].

والثاني:ـ واختاره ابن ادريس[4] ـ العدم؛ لأن التدبير تعليق عتق المملوك بموت سيده دون غيره، لأنه بمنزلة الوصية، ولولا ذلك لم يصح، فإذا علق بموت غير السيد خرج عن مقتضاه، فوجب الحكم بفساده؛ لأن الأصل في العتق المعلق الفساد إلّا ما اخرجه الدليل.

ولقائل أن يقول: إن هذا مما اخرجه الدليل؛ لأن هذه الرواية المعتضدة بعمل اكثر الأصحاب لاتقتصر عن أن تكون دليلاً.

ويؤيدها صحيحة يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام[5]، الدالة على

---

(١) النهاية: ٤٩٩.

(٢) المهذب ٢:٢٥٠.

(٣) الفقيه ٣:٣٠٢ حديث ١٤٤٥، التهذيب ٧:٣٤٤ حديث ١٤٠٧.

(٤) السرائر: ٣١٧.

(٥) التهذيب ٨:٢٦٤ حديث ٩٦٥، الاستبصار ٤:٣٢ حديث ١١١.

. . . .

جواز تعليق العتق بموت من جعلت له خدمة المملوك، فإذا ثبت ذلك لم يخرج التدبير بهذا التعليق عن مقتضاه فلا يكون فاسداً، وفيه قوة.

الثاني: يتفرع على القول بالصحة مسألتان: احداهما حكم العدة، والثانية حكم الميراث. أما العدة من وفاة زوجها فإنها عدة الحرة أربعة اشهر وعشرة أيام؛ لأن حريتها متحققة حين موت الزوج، فلم يتعلق بها حكم الاعتداد إلاّ وهيحرة، وللتصريح به في الرواية السابقة.

وإنما تتحقق صحة هذا التفريع اذا قلنا: إن الأمة تعتد من وفاة زوجها بشهرين وخمسة أيام، ولو ساوينا بينها وبين الحرة في العدة كان ذلك ساقطاً.وأما الميراث فقد نفاه المصنف في أول كلامه، وهو الذي وردت به الرواية[1]، ثم قرّب ثبوته مع تعدد الورثة.

ووجه القرب ما سيأتي في الميراث إن شاء الله تعالى أن المملوك اذا اعتق على ميراث قبل القسمة شارك إن ساوى فيالدرجة، واختص إن كان أولى، وهذا ثابت مع تعدد الورثة في محل النزاع، فإن العتق يحصل بالموت والقسمة إنما تكون بعده. ويحتمل المنع؛ لاطلاق عدم الارث في الرواية، وفيه نظر؛ لأنه لا دلالة فيه على كون ذلك مع تعدد الورثة.

ولو سلّم فهذا الفرد خارج بنص آخر، ولايخفى أن قول المصنف:(وقيل: يصح فتعتد عدة الحرة ولا ميراث) يريد به تفرع كل من الأمرين على القول بالصحة لمكان الفساد.

وقد عرفت امتناع كل منها على القول بالفساد.

---

(١) الفقيه ٣٠٢:٣ حديث ١٤٤٥، التهذيب ٣٤٤:٧ حديث ١٤٠٧.

ولو ملك المكاتب زوجة سيده ففي الانفساخ نظر.

فإن قيل: أحد الأمرين اللذين فرعهما على الصحة عدم الارث، وهو ثابت مع القول بالفساد.

قلنا: المتفرع هو احتمال الارث وعدمه، وذلك منتف على القول بالفساد؛ لامتناع الارث مع الرق.

فإن قيل: المذكور في كلام المصنف نفي الارث لا الاحتمال.

قلنا: يحصل ذلك من قوله: (والاقرب)، أو أن المتفرع مجموع الحاصل من عبارته وهو الارث مع التعدد وعدمه مع عدمه.

قوله: (ولو ملك المكاتب زوجة سيده ففي الانفساخ نظر).

أي: ففي انفساخ نكاح السيد نظر، ومنشأ النظر: من احتمال كونه مالكاً بالاستقلال، ومن احتمال كون الملك في الحقيقة للسيد فيما يعد ملكاً للمكاتب ظاهراً، فعلى الأول يبقى النكاح وعلى الثاني ينفسخ.

وجه الأول: إن الكتابة تقتضي انقطاع سلطنة السيد عن المكاتب، واستقلاله بالمعاوضات، وجواز معاملة السيد إياه وتضمينه له، ولولا استقلاله بالملك لامتنع ذلك، والملازمة ظاهرة.

لا يقال: يجوز أن يكون الملك لهما.

لأنا نقول: استحالة كون مجموع الشيء الواحد ملكاً لكل واحد من الشخصين دفعة أمر واضح، على أنه لو كان ملكاً للسيد لما استقل فيه بالتصرف بالاكتساب، ولامتنع معاملة السيد إياه وتضمينه له.

ووجه الثاني: إن الكتابة لا تقتضي الحرية في الحال فيكون رقاً إلى زمان أداء مال الكتابة، إذ لا واسطة بينهما، وحينئذٍ فيكون ما يملكه ملكاً للمولى؛ لأنه اذا كان مالكاً لرقبته فملكيته لما يملكه بطريق أولى. وللمانع أن يمنع الأولوية، وأن يمنع لزوم ملك السيد لما يملكه المكاتب حيث انه باق على الرق؛ لثبوت انقطاع سلطنته عنه

. . . .

بالنص والاجماع، ومعها فلا مانع من استقلاله بالملك، والحكم بجواز المعاملة يدل على ثبوته قطعاً، فحينئذٍ الأصح عدم انفساخ النكاح.



الباب الخامس : في توابع النكاح وفيه مقاصد:

الأول: العيب والتدليس ، وفيه فصول:

الأول: في أصناف العيوب، وينظمها قسمان:

الأول: المشتركة، وهي الجنون وهو اختلال العقل، ولا اعتبار بالسهو السريع زواله، ولا الاغماء المستند إلى غلبة المرة، بل المستقر الذي لايزول فإنه كالجنون.

ولا فرق بين الجنون المطبق وغيره.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

قوله: (وفيه فصول :

الأول: في اصناف العيوب، وينظمها قسمان:

الأول: المشتركة، وهي الجنون، وهو اختلال العقل. ولا اعتبار بالسهو السريع زواله، ولا الاغماء المستند الى غلبة المِرة، بل المستقر الذي لا يزول فإنه كالجنون، ولا فرق بين الجنون المطبق وغيره).

لا كلام في ثبوت فسخ النكاح لكل من الرجل والمرأة بوجود شيء من العيوب التي سيأتي تعيينها، وهي اربعة في الرجل وسبعة في المرأة، وينضمها قسمان: ما يشترك فيه كل منها، وما يختص بكل واحد بخصوصه.

الأول: المشترك ، وهو واحد وهو الجنون، والمراد به اختلال العقل وفساده بأي وجه اتفق، فإن الجنون فنون، ولا اعتبار بعروض السهو اذا كان زواله سريعاً. وكذا الاغماء العارض، كغلبة المرة وإن طالت مدته. أما اذا صار مستقراً بحيث لايكون مستنداً الى المرض فيزول، ويبقى زوال العقل فإنه حينئذٍ يوجب الخيار، ولا فرق في

ولكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه مع سبقه على العقد، وإن تجدد بعده سقط خيار الرجل دون المرأة، سواء حصل الوطء أو لا.

ايجاب الجنون بأقسامه الخيار بين أن يكون مطبقاً مستوعباً للزمان وغير مطبق فيكون أدواراً؛ لوجود الجنون على كل من التقديرين.

والأصل في كون الجنون عيباً يقتضي الخيار من الجانبين الأخبار المستفيضة عن أهل البيت عليهم السلام من أن النكاح يُرد بالجنون[1]، واجماع الأصحاب واطباق اكثر أهل الاسلام سوى ابي حنيفة[2]، وهنا امور:

الأول: في قوله: (وهي الجنون) تسامح؛ لأن الضمير للعيوب المشتركة والجنون أمر واحد فلا يتطابقان، وكأنه أراد أن كل عيب في نظر الشارع مشترك بين الرجل والمرأة منحصر في الجنون.

الثاني: قوله: (فإنه كالمجنون) ايضاً لا يخلو من تسامح، فإن الاغماء اذا صار مستقراً يعد من أقسام الجنون فلا معنى لتشبيهه به.

الثالث: المرة بكسر الميم قال في الصحاح: هي احدى الطبائع الأربع[3]، وقال في الجمهرة:هي أحد أمشاج البدن[4].

قوله:(ولكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه مع سبقه على العقد، وإن تجدد بعده سقط خيار الرجل دون المرأة، سواء حصل الوطء أم لا).

قد سبق كون الجنون من العيوب المشتركة في الجملة، والغرض هنا تنقيح

---

(١) الكافي ٥: ٤٠٦ ـ ٤٠٨ حديث ١٤ ـ ١٦، الفقيه ٣: ٢٧٣ باب ١٢٥، التهذيب ٧: ٤٢٢ باب ٣٨.

(٢) اللباب ٣: ٢٥.

(٣) الصحاح ٢: ٨١٤ «مرر».

(٤) الجمهرة ١: ١٢٧ «مرر».

. . . .

ذلك، وجملة القول فيه إن جنون أحد الزوجين إما أن يكون موجوداً قبل العقد، أو يكون قد تجدد بعده، فإما قبل الدخول أو بعده.

فإن كان موجوداً قبل العقد فلا كلام في ثبوت الخيار لكل منهما، وعن ظاهر كلام ابن حمزة ان الجنون لايثبت الخيار في الرجل والمرأة، إلّا اذا كان بحيث لايعقل معه أوقات الصلوات[1]، ووجهه غير ظاهر، مع أن أكثر الأصحاب على خلافه[2].

وإن تجدد بعد العقد ففي ثبوت الخيار به اقوال:

احدها: الثبوت اذا كان بحيث لايعقل معه أوقات الصلوات، سواء الرجل والمرأة، اختاره الشيخ في المبسوط والخلاف[3]، وابن البراج في المهذب[4].

والثاني: الثبوت في الرجل خاصة اذا كان لا يعقل معه أوقات الصلوات، أما المرأة فإنه لا خيار بتجدد جنونها، اختاره ابن ادريس[5].

والثالث: الثبوت في الرجل مطلقاً، سواء عقل مع جنونه اوقات الصلوات، أم لا دون المرأة فلا يثبت بتجدد جنونها خيار مطلقاً، اختاره المصنف في المختلف[6] وغيره[7]، وهو الأصح.

لنا على الثبوت في الرجل مطلقاً وجود المقتضي، وهو الجنون الثابت بالنص كونه عيباً، فلا يتقيد بعدم التعقل. ولأن الضرر اللازم على المرأة بالجنون موجود على التقديرين، وما رواه علي بن أبي حمزة قال: سئل أبو ابراهيم عليه السلام عن امرأة

---

(١) الوسيلة: ٣٦٧.

(٢) منهم الشيخ في المبسوط ٢٤٩:٤، وابن ادريس في السرائر: ٣٠٨، وابن البراج في المهذب ٢٣٢:٢.

(٣) المبسوط ٢٥٢:٤، الخلاف ٢٢٧:٢ مسألة ١٢٧ كتاب النكاح.

(٤) المهذب ٢٣٥:٢.

(٥) السرائر: ٣٠٨.

(٦) المختلف: ٥٥٤.

(٧) التحرير ٢٨:٢.

يكون لها زوج قد اصيب في عقله من بعد ما تزوجها أو عرض له جنون، قال: «لها أن تنزع نفسها منه إذاشاءت»[1]، وترك الاستفصال دليل العموم.

ولناعلى عدم الثبوت في المرأة وجوب التمسك بلزوم العقد، فإن استصحاب الحال حجة، ولن يثبت كون ذلك موجباً للخيار، واكثر الأصحاب على خلافه، والأصل في جانبهم، فوجب القول بنفيه. ولأن الضرر اللازم بحدوث ذلك في الرجل منتف في المرأة؛ لأن للرجل طريقاً الى التخلص منها بالطلاق، فلم يكن المقتضي للفسخ موجوداً.

فإن قيل: هذا منقوض بما اذا كان ذلك الجنون قبل العقد.

قلنا: قد خرج هذا بالنص والاجماع، فيبقى ما عداه على أصل اللزوم.

ومحصل الخلاف هنا يرجع الى شيئين:

احدهما: اشتراط ثبوت الخيار في تجدد جنون الرجل باستغراقه لأوقات الصلوات.

والثاني: ثبوت الخيار له بتجدد جنون المرأة.

احتج المخالف على الأول باشتهار هذا الحكم بين الأصحاب، والتصريح بكونه مروياً، وبأن الضرر لايكاد يتحقق بدونه، فإنه اذا كان يعقل اوقات الصلوات فهو كغيره من العقلاء، وضعف ذلك ظاهر.

وعلى الثاني بعموم قول الصادق عليه السلام في صحيحة الحلبي: «إنما يرد النكاح من البرص والجنون والجذام والعفل»[2]، وذلك شامل لما قبل العقد وبعده.

والجواب منع الشمول بأن هذا ليس من الفاظ العموم، وثبوت الرد في الجملة

---

(١) الفقيه ٣:٣٣٨ حديث ١٦٢٨، التهذيب ٧:٤٢٨ حديث ١٧٠٨.

(٢) التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٢٩٣، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٠.

الثاني: المختصة، أما الرجل فثلاثة: الجب، والخصاء، والعنة.

نقول بموجبه في غير المتجدد، وأما المتجدد فلا دليل عليه،اذا تقرر ذلك فهنا امور:

الأول: مقتضى قول المصنف: (مع سبقه على العقد) اشتراط تقدم وجوده على صدور العقد، فالحاصل في زمان العقد لايفسخ به، وفيه نظر؛ لأن كلًا منها يثبت به الفسخ، وإنما النزاع في المتجدد بعد العقد. ويمكن دفع الايراد بأن السابق على العقد صادق على الحادث قبل آخره، بأن يسير؛ لأن العقد إنما يصدق على مجموع الايجاب والقبول، وما دام لا يحصل الجزء الأخير لم يتحقق العقد. وفي قول المصنف: (سقط خيار الرجل) تسامح فإنه لم يثبت فيسقط.

الثاني : الظاهر أن المتجدد بعد الدخول كالمتجدد قبله للاشتراك في المقتضي، ولشمول لفظ الرواية له وبه صرح في المختلف[١]، و حكاه عن ابن الجنيد، واطلاق كلام الشيخ في النهاية[٢] يشمله.

الثالث: لا تحتاج المرأة في فسخ النكاح بتجدد جنون الرجل الى طلاق كسائر العيوب، ولولا ذلك لم يكن سبباً مستقلاً في ثبوت الفسخ.

وقال الشيخ في النهاية: إنها اذا اختارت فراقه كان على وليه أن يطلقها[٣]، وتابعه على ذلك جمع من الأصحاب[٤]، ومنعه المصنف[٥]، وابن ادريس[٦]، وغيرهما[٧].

قوله: (الثاني: المختصة، أما الرجل فثلاثة: الجب، والخصاء، والعنة.

---

(١) المختلف: ٥٥٤.

(٢) النهاية: ٤٨٦.

(٣) النهاية: ٤٨٦.

(٤) منهم ابن البراج في المهذب ٢:٢٣٥.

(٥) المختلف: ٥٥٤.

(٦) السرائر: ٣٠٨.

(٧) المحقق في الشرائع ٢:٣٢٠.

أما الجب فشرطه الاستيعاب، فلو بقي معه ما يمكن الوطء ولو قدر الحشفة فلا خيار.

ولو استوعبت ثبت الخيار مع سبقه على العقد أو على الوطء، وفي الفسخ بالمتجدد اشكال، فإن اثبتناه وصدر منها فالأقرب عدم الفسخ.

أما الجب فشرطه الاستيعاب، فلو بقي معه ما يمكن الوطء ولو قدر الحشفة فلا خيار، ولو استوعب ثبت الخيار مع سبقه على العقد أو على الوطء، وفي الفسخ بالمتجدد اشكال، فإن اثبتناه وصدر منها فالأقرب عدم الفسخ).

القسم الثاني من القسمين ما يختص كل واحد من الرجل والمرأة، فأما الذي يختص بالرجل فثلاثة: الجب، والخصاء مكسوراً أوله ممدوداً، والعنة.

أما الجب فإنما يثبت به الخيار اذا كان مستوعباً للذكر، ويتحقق استيعابه اذا لم يبق منه قدر الحشفة، فإن بقي قدرها فلا خيار لامكان الوطء حينئذٍ، ولا شبهة في ثبوت الفسخ بهذا العيب اذا كان سابقاً على العقد؛ للنص والاجماع، ولأنه أشد من العنة وستأتي الأخبار الدالة على الخيار بها.

وإن حدث بعد العقد فقد صرح الشيخ في المبسوط بثبوت الخيار به[1]، واطلاق كلامه يقتضي عدم الفرق بين الحدوث قبل الوطء وبعده، وصرح في موضع آخر منه بالعدم[2]، واختاره في الخلاف[3]، وهو اختيار ابن ادريس[4]، والمصنف في التحرير[5]، وذهب هنا إلى ثبوت الخيار لو تجدد قبل الدخول، وتوقف في المتجدد بعده، وهو ظاهر اختياره في

---

(١) المبسوط ٤: ٢٥٠.

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٢.

(٣) الخلاف ٢: ٢٢٧ مسألة ١٢٧ كتاب النكاح.

(٤) السرائر: ٣٠٩.

(٥) التحرير ٢: ٢٨.

. . . .

المختلف[١].

فيحصل في المسألة ثلاثة اقوال، يفرّق في الثالث بين الدخول وعدمه.

احتج الشيخ في المبسوط على الأول بعموم الأخبار والاجماع، وتنقيحه ان النصوص الدالة على الخيار بالجب مطلقة فيشمل الحادث مطلقاً.هذا محصل استدلاله، ولعله يريدبالأخبار مثل ما رواه أبو الصباح الكناني، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً أتفارقه ؟ قال: «نعم إن شاءت»[٢].

وترك الاستفصال دليل العموم، وهو غير صريح في المدعى.

وعلى الثاني التمسك بلزوم العقد بالاستصحاب، وثبوت الخيار يحتاج إلى دليل وهو منتف، وفيه نظر ظاهر.

وأما الثالث فالحجة على الثبوت بالتجدد قبل الدخول، مع ما تقدم أن العنة يثبت بها الفسخ مع التجدد قبل الدخول ففي الجب أولى؛ لأن العنة يمكن زوالها بخلاف الجب، فإن اليأس من زواله ثابت فحصول الوطء معه ممتنع، فكان ادخل في سببيته الفسخ.

ومنشأ الاشكال في المتجدد بعد الدخول الالتفات إلى عموم الأخبار،ومشاركة ما بعد الدخول لما قبله في المقتضي للفسخ، وهو لزوم الضرر العظيم باليأس من الاستمتاع على مر الزمان، وإلى أن النكاح عقد لازم.

ولم يثبت شرعاً ما يدل على ثبوت الخيار هنا، والإلحاق بالعنة إنما هو فيها قبل الدخول، إذ لاخيار لها بعده على ما سيأتي، ولزوم الضرر هنا منقوض بلزومه في كل ضرر يمنع الوطء اذا يئس من برئه، ومعارض بضرر الرجل بثبوت الخيار والضرر

---

(١) المختلف: ٥٥٤.

(٢) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٧، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٢.

لايزال بالضرر.

وقد يرجّح هذا الوجه بما رواه غياث الضبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال في العنين: «اذا علم أنه عنين لايأتي النساء فرّق بينهما، واذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما والرجل لايرد من عيب»[1] فإن عموم عدم رد الرجل بالعيب يتناول محل النزاع، ولا يخرج منه إلاّ ما اخرجه دليل.

وبما رواه اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (عليه السلام): «إن علياً عليه السلام كان يقول: اذا تزوج الرجل امرأة فوقع عليها مرة ثم اعرض عنها فليس لها الخيار لتصبر فقد ابتليت، وليس لأُمهات الأولاد ولا الإماء ما لم يمسها من الدهر مرة واحدة خيار»[2].

ولايخفى أن قوله عليه السلام: «ثم اعرض عنها» مشعر بأن ترك الوطء كان باختياره لا لمانع عرض، فلا دلالة فيه على محل النزاع. لكن قوله: «لتصبر فقد ابتليت» يشعر بعروض المانع، إذ لا موقع للأمر بالصبر وذكر الابتلاء على ذلك التقدير.

وبما رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أتى امرأة مرة واحدةفلا خيار لها»[3].

فهذه الأخبار مخصصة لعموم دلائل الفسخ فكيف كان. فالقول بعدم الفسخ لا يخلو من وجه.

(١) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٤، الفقيه ٣: ٣٥٧ حديث ١٧٠٧، التهذيب ٧: ٤٣٠ حديث ١٧١٤، الاستبصار ٣: ٢٥٠ حديث ٨٩٦.

(٢) التهذيب ٧: ٤٣٠ حديث ١٧١٥، الاستبصار ٣: ٢٥٠ حديث ٨٩٧.

(٣) الكافي ٥: ٤١٢ حديث ١٠، الفقيه ٣: ٣٥٨ حديث ١٧٠٩، التهذيب ٧: ٤٣٠ حديث ١٧١٢، الاستبصار ٣: ٢٥٠ حديث ٨٩٥.

وأما الخصاء: فهو سل الانثيين، وفي معناه الوجاء، وتفسخ به المرأة مع سبقه على العقد، وفي المتجدد بعده قول.

ويتفرع على القول بثبوت الفسخ هنا ما لو صدر جب الزوج من الزوجة بعد العقد أو بعد الدخول، وإن كانت عبارة الكتاب لا تدل على الأول، فإن في ثبوت الفسخ لها وجهين اقربها عند المصنف عدمه.

وجه القرب: إنّ فعلها ذلك يتضمن رضاها به، والرضى بالعيب مانع من ثبوت الخيار، ولأن الضرر اللازم عليها بذلك سقط اعتباره؛ لأنها السبب فيه، ولأن اتلافها ما به منفعة الوطء جار مجرى اتلاف المشتري المبيع فإنه يعد قبضاً.

والثاني: الثبوت؛ لوجود المقتضي للفسخ وانتفاء المانع، إذ ليس إلّا صدوره منها وهو غير صالح للمانعية، فإن المانع من الخيار هو الرضى بالنكاح من العيب لا الرضا بالعيب وهو منتف هنا.

وللمانع أن يمنع كون هذا الاتلاف جارياً مجرى اتلاف المشتري للمبيع، وإنما هو جار مجرى اتلاف العين المستأجرة في الاجارة، فما قرّبه المصنف غير ظاهر. وينبغي أن يعلم أن احتمال عدم خيارها هنا إنما يجيّ على تقدير صدور الفعل منها مع قصدها إليه، فلو وقع خطأً أوجبت بعد عمدها خطأً، كما لو كانت صغيرة أو مجنونة لم يتوجه هذا الاحتمال.

قوله: (وأما الخصاء فهو سلُ الانثيين، وفي معناهالوِجاء، وتفسخ به المرأة مع سبقه على العقد، وفي المتجدد بعده قول).

قد عرفت أن من عيوب الرجل الخصاء، وهو سلُ الانثيين وكيفيته مشهورة.
وفي معناه الوِجاء بكسر أوله والمد، وهو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتها.

وقد توجد في كلام بعض المحققين أن الخصي هو مسلول الانثيين أو

موجوؤهما[١].

والقول بكونه عيباً هو المشهور بين الاصحاب، وقد دلت عليه الأخبار، مثل موثقة بكير بن أعين عن أحدهما عليهما السلام: في خصي دلّس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها، قال: «يفرّق بينهما إن شاءت ويوجع رأسه»[٢] الحديث.

وفي معناها صحيحة ابن مسكان[٣]، وغيرها[٤]، ولأنه في معنى العنة من حيث فوات مقصود العقد به وهو التناسل.

وقيل: إنه ليس بعيب؛ لبقاء آلة الجماع وقدرته عليه، ويقال إنه اقدر عليه؛ لأنه لا ينزل ولا يعتريه فتور[٥]. وهو مردود بالنص[٦]، وبأن جهة كونه عيباً غير منحصر في ذلك؛ لأن فوات التناسل به جهة يقتضي كونه عيباً، وكذا لزوم العارية.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن الخصاء يوجب الخيار اذا قارن العقد، فإن حدث بعده ففي حكمه الأقوال الثلاثة التي سبقت في الجب.

وكلام المختلف[٧]، وغيره دال على ثبوت الأقوال الثلاثة، وإن كانت عبارة الكتاب وكلام الشارحين[٨] خاليين من ذلك. والقول بالتفصيل قريب، ويمكن الاحتجاج له بما رواه سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام، إن خصياً دلس نفسه لامرأة

---

(١) قاله الشيخ الطوسي في المبسوط ٤:٢٥٠، وابن البراج في المهذب ٢:٢٣٣.

(٢) الكافي ٥:٤١٠ حديث ٣، الفقيه ٣:٢٦٨ حديث ١٢٧٤، التهذيب ٧:٤٣٢ حديث ١٧٢٠.

(٣) التهذيب ٧:٤٣٢ حديث ١٧٢٢.

(٤) الكافي ٥:٤١١ حديث ٦، التهذيب ٧:٤٣٢ حديث ١٧٢١.

(٥) قاله الشيخ في المبسوط ٤:٢٦٣ والخلاف ٢:٢٢٧ مسألة ١٢٥ كتاب النكاح.

(٦) الكافي ٥:٤١٠ حديث ٣، الفقيه ٣:٢٦٨ حديث ١٢٧٤، التهذيب ٧:٤٣٢ حديث ١٧٢٠.

(٧) المختلف: ٥٥٤.

(٨) ايضاح الفوائد ٣:١٧٦.

وأما العنة: فهو مرض يعجز معه عن الايلاج، ويضعف الذكر عن الانتشار، وهو سبب لتسلط المرأة على الفسخ بشرط عدم سبق الوطء، وعجزه عن وطئها ووطء غيرها، فلو وطأها ولو مرة واحدة، أو عنَّ عنها دون غيرها، أو عنَّ قبلاً لا دبراً فلا خيار.

قال: «يفرق بينهما وتأخذ المرأة منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس نفسه»[(١)].

والمراد بالتدليس: التدليس قبل الوطء، إذ هو الموجب للتعزير، ولا يضر ضعف السند؛ لاعتضاده بفتوى جمع من كبراء الأصحاب.

وقريب منها رواية بكير عن احدهما عليهما السلام[(٢)].

والمراد بالتزويج المذكور فيها الدخول بقرينة وجوب التعزير، أما التدليس بعد الدخول، فإن القول بلزوم النكاح اقوى؛ لانتفاء المعارض، ويأتي مثل التفريع السابق، والتوجيه واحد.

واعلم أيضاً أن قول المصنف: (وفي معناه الوجاء) يريد به أنهما متقاربان في المعنى، فيكون اشتراكهما في الحكم لاشتراكهما في المقتضى. وعلى ما ذكره بعضهم من أن الخصي هو مسلولها أو موجوؤها [(٣)] فالأمر ظاهر.

قوله: (وأما العنة فهو مرض يعجز معه عن الايلاج، ويضعف عن الانتشار، وهو سبب لتسلط المرأة على الفسخ، بشرط عدم سبق الوطء وعجزه عن وطئها ووطء غيرها، فلو وطأها ولو مرة واحدة، أو عن عنها دون غيرها، أو عن قبلاً لا دبراً فلا خيار).

---

(١) الكافي ٥:٤١١ حديث ٦، التهذيب ٧:٤٣٢ حديث ١٧٢١.

(٢) الكافي ٥:٤١٠ حديث ٣، الفقيه ٣:٢٦٨ حديث ١٢٧٤، التهذيب ٧:٤٣٢ حديث ١٧٢٠.

(٣) قاله الشيخ الطوسي في المبسوط ٤:٢٥٠، وابن البراج في المهذب ٢:٢٣٣.

العنين كسكين من لايأتي النساء عجزاً ولا يريدهن، وعنن عن امرأته وعن وأعن بضمهن حكم القاضي عليه بذلك، أو منع عنها بالسحر، والاسم العنة بالضم ذكره في القاموس[١].

ومقصود البحث أن العنة من جملة عيوب الرجل الذي تسلط المرأة على فسخ نكاحه بالنص المستفيض، والاجماع من علماء الاسلام إلّا أبا حنيفة[٢].

وحقيقة العنة أنها مرض يعجز الرجل معه عن الايلاج؛ لأن الذكر يضعف عن الانتشار.

قال المصنف في التحرير: العنن مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو بحيث يعجز معه عن الايلاج، وهو من عن أي اعرض والعنن الاعراض؛ لأن الذكر يعرض اذا اراد الايلاج[٣]، هذا كلامه.

وقال قوم:انه مشتق من العنن وهو الاعراض ؛ لأن الذكر يعرض اذا اراد ايلاجه[٤]. وقيل:إنه يعن بقبل المرأة عن يمينه وشماله فلا يقصده[٥]، وقيل غيرذلك.

فمتى تحققت العنة تسلطت المرأة على الفسخ بشرط أن لا يسبق على عروض العنة وطؤه إياها في هذا النكاح، فإن سبق ذلك لم يكن لها فسخ؛ لما سبق في رواية غياث الضبي «واذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينها»[٦]. ولا عبرة في وقوعه عليها في نكاح القبل؛ لاستقلال كل منهما بحكم ينفرد به عن الآخر. وكذا يشترط في تحقق سبب الفسخ عجزه عن وطئها ووطء غيرها، فلو عجز عن وطئها وقدر على وطء

(١) القاموس المحيط ٤:٢٤٩ «عنن».

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢:٣٢٢.

(٣) التحرير ٢:٢٨.

(٤) الصحاح ٦:٢١٦٦، مجمع البحرين ٦:٢٨٣ «عنن».

(٥) مجمع البحرين ٦:٢٨٣ «عنن».

(٦) الكافي ٥:٤١٠ حديث ٤، التهذيب ٧:٤٣٠ حديث ١٧١٤، الاستبصار ٣:٢٥٠ حديث ٨٩٦.

ويثبت الخيار لو سبق العقد أو تجدد بعده، بشرط عدم الوطء لها ولغيرها.

غيرها فليس بعنين؛ لامتناع تحقق العنة بدون العجز مطلقاً، وكذا لو عجز عن وطئها قبلاً وامكنه الوطء دبراً فلاخيار لها اصلاً.

قوله: (ويثبت الخيار لو سبق العقد أو تجدد بعده بشرط عدم الوطء لها ولغيرها).

هذا تنقيح لما سبق، ومحصله انه حيث علم أن العنة مرض يوجب الخيار فلابد أن يعلم أن محل ثبوت الخيار به ماذا.

وتحقيقه إنه اذا كان ذلك ثابتاً في وقت العقد ثبت لها الخيار قطعاً، وان تجدد بعده قبل الوطء فاللائح من عبارة الشيخ في المبسوط عدم ثبوت الخيار به، فإنه قال: العيب الحادث بالزوج بعد العقد وكل العيوب يحدث به إلاّ العنة، فإنه لا يكون محلا ثم يصير عنينا في نكاح واحد،وعندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به إلاّ الجنون الذي لايعقل معه اوقات الصلوات[1].

واكثر الأصحاب على أنه يثبت به الخيار،وهو المذهب، والحجة تناول النصوص إياه مثل رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «العنين يتربص به سنة، ثم إن شاءت امرأته تزوجت وإن شاءت اقامت»[2]، وغيرها من الروايات[3].

وإن تجدد بعد الوطء، فقضية كلام المصنف أنه لا خيار لها، وللأصحاب في ذلك قولان:

أحدهما: عدم الفسخ، وهو مختار الشيخ[4]، واكثر الأصحاب[5]، استناداً الى

---

(١) المبسوط ٤:٢٥٢.

(٢) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٦، الاستبصار ٣:٢٤٩ حديث ٨٩١.

(٣) التهذيب ٧:٤٣١ حديث ١٧١٨، الاستبصار ٣:٢٤٩ حديث ٨٩٣.

(٤) المبسوط ٤:٢٦٤، النهاية: ٤٨٧.

(٥) منهم ابن الجنيد كما في المختلف: ٥٥٤، وابن ادريس في السرائر: ٣٠٩، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٦٦.

. . . .

رواية غياث الضبي ورواية اسحاق بن عمار السالفتين، وأن النكاح قد ثبت ولزم، والخيار على خلاف الأصل.

والثاني: ـ واختاره المفيد[١] ـ أن لها الفسخ؛ للاشتراك في الضرر الحاصل باليأس من الوطء.

ورواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «العنين يتربص سنة، ثم إن شاءت امرأته تزوجت وإن شاءت اقامت»[٢].

ورواية أبي الصباح الكناني أنه قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع ابداً اتفارقه ؟ قال: «نعم إن شاءت»[٣].

ورواية أبي البختري عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «إن علياً عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنة من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص اليها وإلّا فرق بينهما فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها»[٤].

والمصنف في المختلف ذكر ما يقتضي ترجيح قول الشيخ، ثم قال: إن قول المفيد لا يخلو من قوة إلّا أنه، الى أن قال: فنحن في ذلك من المتوقفين والأصح قول الشيخ[٥].

واعلم أن قول المصنف (بشرط عدم الوطء) يحتمل أن يريد به أن ثبوت الخيار بالعنة قبل العقد وبعده مشروط بذلك، فيكون التقدير: وثبت الخيار بالعنة قبل العقد

---

(١) المقنعة: ٨١.

(٢) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٦، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩١.

(٣) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٧، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٢.

(٤) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٩، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٤.

(٥) المختلف: ٥٥٥.

ولو بان خنثى، فإن أمكن الوطء فلا خيار على رأي، وإلّا ثبت،

وبعده بشّرط أن لا يطأها ولا يطأ غيرها.

ويحتمل أن يريد ان ثبوت الخيار بالمتجدد بعد العقد مشروط بذلك، والتقدير: يثبت الخيار بالمتجدد بعد العقد بشرط أن لايكون قد وطأها ولا غيرها، وعلى هذا فاشتراط عدم وطئها واضح؛ لأن العنة المتجددة بعد الدخول لاتوجب الخيار عند الاكثر.

لكن اشتراط عدم وطء غيرها هنا غير ظاهر، فإن عموم النصوص بثبوت الخيار يتناول هذا الفرد، اعني تجدد العنة بعد العقد وقد وطأ غيرها خاصة. وليس ثم ما يقتضي اخراجه، فالقول به لا يساعد عليه دليل، ولعل المصنف لايريد إلّا المعنى الأول.

قوله: (ولو بان خنثى، فإن أمكن الوطء فلا خيار على رأي، وإلّا ثبت).

أي: لو بان الزوج خنثى؛ لأنه المحدث عنه، وفي التحرير قال: إنه لو بان الزوج أو الزوجة خنثى[1] وهو أولى؛ لأن كلًّا منهما يتصور فيه ظهور ذلك.

واعلم أن ظهور كونه خنثى يقع على حالات ثلاث:

احداها :أن يكون مشكلاً.

الثاني: أن يحكم له بالذكورة أو الأُنوثة بعلامة مظنونة كسبق البول من أحد الفرجين.

الثالث: أن يحكم بذلك بعلامة مقطوع بها كالولادة.

أما الحالة الأُولى فإن فرضها مشكل؛ لأن النكاح لا ينعقد بين الرجل والخنثى، لامكان كونه رجلاً ولا بينه وبين الانثى لامكان كونه امرأة، لأن صحة النكاح

---

(١) التحرير ٢: ٢٨.

مشروطة بوقوع العقد بين ذكر وانثى، وعدم تحقق الشرط يقتضي عدم تحقق المشروط، ولو لم يتبيّن كونه خنثى مشكلاً إلّا بعد العقد حكمنا بكون النكاح غير معلوم الثبوت.

ولا يضر توهم ثبوته حين وقوعه للجهل بالحال.

ولا ريب أن الحكم بثبوت الخيار وعدمه فرع صحته، نعم للشيخ قول في الميراث بأن الخنثى المشكل لو كان زوجاً أو زوجة اعطي نصف النصيبين[1]، ومقتضى هذا صحة نكاحه، فيجيء على قوله احتمال ثبوت الخيار وعدمه، والعدم قوي؛ لانتفاء المقتضي، ولا شبهة في ضعف ما ذهب اليه الشيخ.

وأما الحالة الثانية والثالثة فإن نكاحه يصح فيهما، فإذا لم يعلم حاله حين العقد ثم تبيّن بعده ففي ثبوت الخيار قولان للشيخ في المبسوط:

احدهما: الثبوت؛ لحصول نفرة الطبع بذلك، ولأنه مما يعير به في العادة، ويحصل بذلك ضرر عظيم، واذا لم يستند في وضوحه إلّا إلى العلامة المظنونة كان ضرر النفرة والعار اشد.

والثاني: العدم، استصحاباً للّزوم، وثبوت الخيار على خلاف الأصل ، فيتوقف على الدليل، وهو منتف، وثبوته بمجرد النفرة والعار في موضع المنع مع بعده، فإن زيادة ذلك العضو بمنزلة زيادة سلعة ونقبه وهما لا يوجبان الخيار قطعاً[2]، وهذا أصح.

واعلم أن قول المصنف: (فإن أمكن الوطء) تقييد للحكم في المسألة، فإنه مع عدم امكان الوطء بشلل العضو أو لشدة صغره في اصل خلقته بحيث لا يساوي قدر الحشفة من مستوى الخلقة يجب الحكم بثبوت الخيار لا محالة.

لكن هذا الخيار ليس منشؤه كونه خنثى، بل للأمر الزائد على ذلك وهو العنة

---

(١) المبسوط ٤:١١٤.

(٢) المبسوط ٤:٢٦٦.

ولا يرد الرجل بعيب سوى ذلك.

واما: المرأة فالمختص بها سبعة: الجذام، والبرص، والقرن، والافضاء، والعمى، والعرج، والرتق.

أو ما جرى مجراها، والبحث إنما هو في خصوص كونه خنثى فالمناسب ترك هذا القيد؛ لأن حكمه معلوم مما سبق.

قوله: (ولا يرد الرجل بعيب سوى ذلك).

لأن هذه العيوب هي التي ورد بها النص وصرح بها أجلة الأصحاب، وأما ما عداها فلا دليل على ثبوت الخيار به، ولا يخالف فيه إلّا نادر من الأصحاب.

فإن اللائح من كلام ابن البراج في المهذب اشتراك الرجل والمرأة في كون كل من الجنون والجذام والعفل والبرص والعمى موجباً للخيار في النكاح[1]، وكذا ابن الجنيد[2].

والمذهب خلافه؛ تمسكاً بظاهر قوله عليه السلام: «والرجل لا يرد من عيب»[3] فإنه حجة فيها لم يخرجه دليل، ولا دليل على كون المذكورة عيباً في الرجل. وقول الصادق عليه السلام في صحيحة الحلبي: «إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»[4] ولا دلالة فيه على حكم الرجل، فإن عمومه معارض بعمومه، والرجل لا يرد من عيب. واعلم أن العقم ليس عيباً فلا ترد واحد من الرجل والمرأة به اجماعاً.

قوله: (وأما المرأة فالمختص بها سبعة: الجذام، والبرص، والقرن، والافضاء، والعمى، والعرج، والرتق).

---

(١) المهذب ٢: ٢٣١.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٥٢.

(٣) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٤، الفقيه ٣: ٣٥٧ حديث ١٧٠٧، التهذيب ٧: ٤٣٠ حديث ١٧١٤.

(٤) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٠.

أما الجذام: فهو مرض يظهر معه تناثر اللحم ويبس الأعضاء، ولابد وأن يكون بيّناً، فلو قوى الاحتراق، أو تعجّر الوجه، أو استدارت العين ولم يعلم كونه منه لم يوجب فسخاً.

هذا الاختصاص جار على المختار في المذهب، وقد قيل: إنها ترد بغير ذلك[١]، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (وأما الجذام فهو مرض يظهر معه تناثر اللحم ويبس الأعضاء، فلابد أن يكون بيناً، فلو قوى الاحتراق أو تعجر الوجه أو استدارت العين ولم يعلم كونه منه لم يوجب فسخاً).

الجذام: علة صعبة يحمر معها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر نعوذ بالله، واكبر ما يكون ذلك في الوجه، ويتصور في كل عضو، فمتى ماظهرت هذه العلة وثبتت بحيث لا يخفى على أحد فلا شك في ثبوت الخيار.

ولو وجدت علاماتها كقوة احتراق العضو واسوداده وتعجر الوجه واستدارة العين على وجه لايقطع بالعلة لم يثبت.

ولو علم وجود العلة والحالة هذه إما بتصادقهما، أو بشهادة طبيبين عدلين ثبت لا محالة، وبدون ذلك فعلى المنكر اليمين؛ لعموم قوله عليه السلام: «واليمين على من انكر»[٢]، ولو ردت والحالة هذه ثبتت باليمين المردودة كما يثبت بالبينة والاقرار.

وينبغي أن يقرأ: (تعجر) في قوله: (أو تعجر الوجه) بالراء المهملة من العجر، فإنها تطلق على العيوب، ومنه قولهم: اطلعته على عجري وبجري، وقد يراد بها العقد والانتفاخ وجميعها متقاربة؛ لأن المراد بها ما يبدو في الوجه من آثار العلة نعوذ بالله منها.

---

(١) قاله المفيد في المقنعة: ٨٦، وسلار في المراسم: ١٥٠.

(٢) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٠ حديث ١، التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣ ، سنن البيهقي ١٠: ٢٥٢.

وأما البرص : فهو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم، ولا اعتبار بالبهق، ولا بالمشتبه به.

قوله: (وأما البرص : فهو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم، ولا اعتبار بالبهق ولا بالمشتبه به).

البرص : علة معروفة نعوذ بالله منها، وهي بياض يظهر في البدن منشؤه غلبة البلغم، وهو غير البهق وقد فرّق الأطباء بينهما:

بأن البرص يكون براقاً أملس غائضاً في الجلد واللحم، ويكون الشعر النابت فيه ابيض وجلده انزل من جلد سائر البدن، وإن غرزت فيه الابرة لم يخرج منه دم بل رطوبة بيضاء.

والبهق بخلافه، وفي الأكثر يكون مستدير الشكل، والقول فيه كما سبق في الجذام، فمتى وجد في المرأة ما يقطع بكونه برصاً ولا يخفى على أحد حاله ثبت الخيار، ومتى وجد بياضاً وأمكن كونه برصاً وغيره لم يثبت إلّا بتصادقهما وبشهادة طبيبين عدلين؛ لأن المقتضي لثبوت الفسخ هو حصول البرص، ومع احتمال غيره فالمقتضي منتف.

والنصوص الواردة بثبوت الخيار بالجذام والبرص كثيرة مثل صحيحة داود بن سرحان[1]، وصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام[2]، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[3]، واجماع الأصحاب واطباق اكثر علماء الاسلام على ذلك من الامور المعلومة.

---

(١) التهذيب ٤٢٤:٧ حديث ١٦٩٤، الاستبصار ٢٤٦:٣ حديث ٨٨٤.

(٢) التهذيب ٤٢٤:٧ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٢٤٦:٣ حديث ٨٨٠.

(٣) الفقيه ٢٧٣:٣ حديث ١٢٩٨، التهذيب ٤٢٤:٧ حديث ١٦٩٦.

وأما القرن فقيل: إنه عظم ينبت في الرحم يمنع الوطء، وقيل: إنه لحم ينبت في الرحم يسمّى العفل، فإن منع الوطء أوجب الفسخ، وإلّا فلا.

قوله: (وأما القرن فقيل: إنه عظم ينبت في الرحم يسمى العفل، فإن منع الوطء أوجب الفسخ، وإلّا فلا).

من عيوب المرأة القرن، وفي اكثر الأخبار العفل والرتق[١] ولم يذكر القرن، وفي رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله، قال: قلت: في الرجل اذا تزوج المرأة فوجدها قرناء الحديث[٢]، فذكر القرن وفسره بالعفل.

وهكذا فعل ابن الأثير في النهاية قال: القرن بسكون الراء شيء يكون في فرج المرأة كالسن يمنع من الوطء ويقال له: العفل[٣]، وقريب منه كلام صاحب الصحاح[٤]، إلّا أنه قال في موضع آخر: العفل شيء يخرج من قبل النساء وحيا الناقة شبيه بالأُدرة التي للرجال والمرأة عفلا[٥]، ومثل ذلك في القاموس[٦].

وقال ابن دريد في الجمهرة: إن القرناء هي المرأة التي يخرج قُرْنَة رحمها، قال: والاسم القَرَن ضبطها محركة. وفي العفل قال: انه غِلَظ في الرحم[٧].

وقد اختلف كلام الفقهاء في تفسيره، والدائر على السنتهم فتح الراء، وعلى ألسنة اهل اللغة تسكينها.

---

(١) التهذيب ٧:٤٢٥ حديث ١٦٩٣ ـ ١٦٩٨.

(٢) الكافي ٥:٤٠٥ حديث ١٢، التهذيب ٧:٤٢٧ حديث ١٧٠٢، الاستبصار ٣:٢٤٨ حديث ٨٨٨.

(٣) النهاية ٤:٥٤ «قرن».

(٤) الصحاح ٦:٢١٨٠ «قرن».

(٥) الصحاح ٥:١٧٦٩ «عفل».

(٦) القاموس المحيط ٤:١٨ «عفل».

(٧) الجمهرة ٢:٧٩٣ «قرن» و ٩٣٧ «عفل».

. . . .

قال الشيخ في المبسوط: إنه عظم في الفرج يمنع الوطء، ثم قال: وقال أهل الخبرة: العظم لايكون في الفرج لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في الفرج، وهو الذي يسمى العفل يكون كالرتق سواء [1].

ومثل ذلك قال المصنف في التحرير لكنه قال فيه: الرتق لحم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر، قال: والالفاظ الثلاثة مترادفة حينئذ [2].

وهذا الخلاف وإن كان دائراً بين الفقهاء إلّا أن منشؤه اختلاف أهل اللغة؛ لأن ذلك راجع الى وضع اللفظ، وذكر الفقهاء إياه لا من حيث خصوص الوضع لأن ذلك من وظيفة اللغوي وحق الفقيه أن يتسلمه منه؛ لأن عيوب النساء تزيد وتنقص باعتبار القولين، فإن كون عيوب المرأة سبعة فقط إنما يستمر على أحدهما خاصة.

ولا يخفى أن الترادف الذي ذكره في التحرير [3] بين الالفاظ الثلاثة يحصل باعتباره قول ثالث، فإن الرتق على ما يأتي في كلامه هنا معنى آخر.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن المصنف هنا وفي التحرير لم يصرح بترجيح واحد من القولين، وهو الأنسب لما بينا من أن ذلك ليس وظيفة الفقيه، نعم تعرضه إلى القولين مما لا يكاد يستغنى عنه؛ لما قلناه من اختلاف عدد العيوب باعتبارهما.

وكيف قلنا فلا خلاف في كون كل من القرن والعفل عيباً، إلّا أن كونه عيباً مشروط بمنع الوطء، فلو لم يمنع لم يكن لهخيار، سواء كان لصغر آلته جداً أو لكون المانع قليلاً. أما اذا منع فظاهر؛ لفوات غرض الاستمتاع، وأما مع العدم فإنه كسلعة زائدة في غير المحل.

---

(١) المبسوط ٤:٢٥٠.

(٢) التحرير ٢:٢٨.

(٣) لتحرير ٢:٢٨.

وأما الافضاء: فهو ذهاب الحاجز بين مخرج البول والحيض.

وأما العمى فالأظهر من المذهب أنه موجب للخيار.

ولا اعتبار بالعور، والعمش، وقلة النظر لبياض وغيره، والعمى يوجب الفسخ وإن كانتا مفتوحتين.

فرع:

لو لم يستوعب المانع المحل، لكن منع الزوج الوطء، اما لكبر آلته، أو لكون السليم من المحل ضيقاً جداً لا يقبل إلاّ الآلة الصغيرة جداً، فاطلاق النصوص وكلام الفقهاء يقتضي كونه يوجب الخيار.

قوله: (وأما الافضاء: فهو ذهاب الحاجز بين مخرج البول والحيض).

لاخلاف في أن الافضاء عيب، وقد روى الشيخ عن أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام: في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعدما دخل بها، قال: فقال: «اذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة وما كان بها من زمانة ظاهرة فإنها ترد على اهلها من غير طلاق»[1] الحديث.

وهو نص في الباب، وما ذكره المصنف في تفسير الافضاء هو أحد تفسيريه، وتفسيره الآخر أنه ذهاب الحاجز بين مخرج البول والغائط. وإنما اقتصر المصنف على هذا التفسير اكتفاء بما ذكره في موضع آخر وكونه عيباً، لا يختلف على كل منهما بل على التفسير الآخر أولى؛ لبعدها عن الانتفاع بها في الوطء حينئذٍ.

قوله: (وأما العمى فالأظهر من المذهب أنه موجب للخيار، ولا اعتبار بالعور والعمش وقلة النظر لبياض وغيره، والعمى يوجب الفسخ وإن كانتا مفتوحتين).

الظاهر من مذهب الأصحاب أن العمى عيب في المرأة ترد به، نص عليه

---

(١) الكافي ٥: ٤٠٨ حديث ١٤، التهذيب ٧: ٤٢٥ حديث ١٦٩٩.

. . . .

الشيخ في النهاية[١]، واكثر الأصحاب كالمفيد[٢]، والمرتضى[٣]، وابن الجنيد[٤]، وابن البراج[٥]، وأبي الصلاح[٦]، وابن ادريس[٧]، وسلار[٨]، وابن حمزة[٩].

وظاهر كلامه في المبسوط والخلاف أنه ليس بعيب، فإنه عدّ عيوب المرأة ستة ثم قال: ومن اصحابنا من ألحق به العمى وكونها محدودة في الزنا[١٠]، وربما يلوح ذلك من كلام الصدوق في المقنع حيث جعله رواية[١١].

والمذهب هو الأول؛ لصحيحة داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام: في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: «ترد على وليها»[١٢] الحديث. وفي معناه ما رواه ابن بابويه في الفقيه عن الباقر عليه السلام قال: «ترد العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء»[١٣].

والمراد ردها في النكاح كما فهمه الأصحاب.

حجة المانع صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «إنما يرد النكاح

---

(١) النهاية: ٤٨٥.

(٢) المقنعة: ٨٠.

(٣) الناصريات ـ الجوامع الفقهية ـ :٢٤٨.

(٤) نقله عنه العلاّمة في المختلف:٥٥٢.

(٥) قاله في الكامل كما نقله عنه العلاّمة في المختلف: ٥٥٢.

(٦) الكافي في الفقه: ٢٩٥.

(٧) السرائر: ٣٠٩.

(٨) المراسم: ١٥٠.

(٩) الوسيلة: ٣٦٧.

(١٠) المبسوط ٤:٢٤٩، الخلاف ٢:٢٢٦ مسألة ١٢٤ كتاب النكاح.

(١١) المقنع: ١٠٤.

(١٢) التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٦٩٤، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٤.

(١٣) الفقيه ٣:٢٧٣ حديث ١٢٩٨.

وأما العرج فإن بلغ الاقعاد فالأقرب تسلّط الزوج على الفسخ به، وإلاّ فلا.

من البرص والجذام والجنون والعفل»[١] . وكلمة إنما للحصر.

والجواب: روايتنا اخص، والخاص مقدّم، على أن لنا ترجيحاً من وجه آخر، وهو أن الدلالة من جانبنا منطوق اتفاقاً، ومن جانب المانع محل اختلاف، والمتفق عليه ارجح لو وقع التعارض.

اذا تقرر ذلك فاعلم أن العمى بجميع انواعه موجب للخيار؛ لأنه معلق به ودائر معه، فمتى صدق العمى ثبت الخيار، سواء كانت مفتوحة أو لا. ولو كانت عوراء فلا خيار؛ للأصل، ولرواية الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام إنه قال في رجل يتزوج الى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال: «لا ترد»[٢] الحديث، وكذا العمش وقلة النظر لبياض وغيره،وكلّ ما جرى هذا المجرى بطريق أولى.

قوله: (وأما العرج فإن بلغ الاقعاد فالأقرب تسلط الزوج على الفسخ به، وإلاّ فلا).

ظاهر المذهب أن العرج أيضاً عيب ترد به المرأة، صرح بذلك الشيخ في النهاية[٣]، والمفيد[٤]، واكثر الأصحاب[٥].

ولم يذكر كونه عيباً الشيخ في المبسوط والخلاف[٦]، وكذا ابن البراج في

---

(١) التهذيب ٧:٤٢٤ حديث١٦٩٣، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٠.

(٢) الكافي ٥:٤٠٦ حديث ٦، التهذيب ٧:٤٢٦ حديث ١٧٠١، الاستبصار ٣:٢٤٧ حديث ٨٨٦.

(٣) النهاية: ٤٨٥.

(٤) المقنعة: ٨٠.

(٥) منهم ابن الجنيد كما في المختلف: ٥٥٣، وسلار في المراسم: ١٥٠، وأبو الصلاح في الكافي في الفقه:٢٩٥.

(٦) المبسوط ٤:٢٤٩، الخلاف ٢:٢٢٦ مسألة ١٢٤ كتاب النكاح.

. . . .

المهذب[١]، وعد ابن ادريس عيوب المرأة سبعة ثم قال: وألحق اصحابنا عيباً ثامنا وهو العرج البيّن ذهب إليه شيخنا في نهايته[٢] ولم يذهب اليه في مسائل خلافه[٣] وجعله ابن بابويه في المقنع رواية[٤].

والمختار الأول للروايتين السابقتين.

وحجة المانع صحيحة الحلبي، والجواب ما تقدم.

بقي شيء وهو أن جمعاً من الأصحاب اطلقوا كون العرج عيباً كالمفيد في المقنعة[٥]، وكذا بعض الأخبار[٦].

وقيّده جماعة بما اذا كان بيّناً، منهم ابن ادريس [٧]، والمصنف في التحرير[٨]، وفصل هنا فحكم بالفسخ اذا بلغ الاقعاد لا بدونه، وكذا المحقق ابن سعيد[٩]، والظاهر أن المراد به وبالعرج البيّن واحد، وهو أن يكون فاحشاً جداً بحيث لا يستطيع معه التردد في العادة إلّا بالمشقة الشديدة، فلا ترد بالعرج اليسير وهو الذي لا يكون كذلك.

وهذا هو المختار؛ لأن في صحيحة داود بن سرحان السابقة: «وإن كان بها زمانة لا يراها الرجال أُجيز شهادة النساء عليها»[١٠] فإن ظاهرها أن الرد منوط بالزمانة،

---

(١) المهذب ٢:٢٣١.

(٢) النهاية: ٤٨٥.

(٣) الخلاف ٢:٢٢٦ مسألة ١٢٤ كتاب النكاح.

(٤) المقنع: ١٠٤، السرائر: ٣٠٩.

(٥) المقنعة: ٨٠.

(٦) الفقيه ٣:٢٧٣ حديث ١٢٩٨، التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٦٩٦، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٣.

(٧) السرائر: ٣٠٩.

(٨) التحرير ٢:٢٩.

(٩) الشرائع ٢:٣٢٠.

(١٠) التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٦٩٤، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٤.

وأما الرتق: فهو أن يكون الفرج ملتحماً ليس فيه مدخل للذكر، ويوجب الخيار مع منع الوطء ولم تمكن ازالته أو أمكن فامتنعت، وليس له اجبارها على ازالته.

فإن مفهوم الشرط معتبر عند جمع من المحققين.

وكذا رواية أبي عبيدة السابقة[1]، مع أن المطلق يجب حمله على المقيد، والاقتصار في المخالف للأصل على موضع اليقين اقرب الى الاحتياط.

وينبغي ملاحظة عبارة الكتاب، فإن المصنف حيث قسم العرج الى ما يبلغ الاقعاد والزمانة والى غيره، قرّب التسلط على الفسخ في الأول ونفاه عن الثاني، فاقتضى كلامه أن في البالغ حد الاقعاد وجهين أو قولين، واشعر بنفيهما عن غيره.

وقد عرفت أن في الأصحاب من اطلق كون العرج عيباً، وفيهم من يلوح من كلامه كونه ليس بعيب، ومنهم من فصل وقسم الى قسمين: أحدهما عيب وهو البالغ الى حد الاقعاد دون الآخر، فلم يكن مورد الوجهين أو القولين هو القسم الأول. ولو أنه قال: وأما العرج فالأقرب أنه إن بلغ الاقعاد تسلط الزوج به على الفسخ وإلاّ فلا لكان أولى.

قوله: (وأما الرتق فهو أن يكون الفرج ملتحماً ليس فيه مدخل للذكر، ويوجب الخيار مع منع الوطء، ولم يمكن ازالته، أو أمكن وامتنعت وليس له اجبارها على ازالته).

تنقيح هذا البحث بامور:

الأول: قال في الصحاح: الرتق بالتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء بينة الرتق

. . . .

لايستطاع جماعها؛ لارتتاق ذلك الموضع منها[١]، وقريب منه قوله في القاموس [٢].

الثاني: فسر المصنف هنا الرتق بأنه التحام الفرج، وهو المفهوم من كلام صاحب الصحاح، وهو المناسب للمعنى المشتق منه، وقد حكينا قول المصنف في التحرير: ان الرتق لحم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر، وحكم بمرادفه القرن والعفل[٣]، وكأنه أخذ ممّا حكاه الشيخ في المبسوط عن أهل الخبرة من تفسير القرن الى أن قال: وهو الذي يسمى العفل يكون كالرتق سواء[٤]. وهذا المعنى مشارك للأول في منع مقصود النكاح وهو الاستمتاع، إلاّ أن الأول الصق بمادة رتق.

الثالث: لا خلاف بين الأصحاب في أن الرتق عيب يوجب الخيار، ويدل عليه مع الاجماع فوات فائدة النكاح به، فجرى مجرى تعذر استيفاء المنفعة في الاجارة لعيب ونحوه، على أنه إن كان الرتق مرادفاً للقرن كان ثبوت الخيار معه مورد النص[٥].

الرابع: لاشبهة في أن الخيار إنما يثبت بالرتق اذا كان مانعاً من الوطء، صرح بذلك المحققون[٦]، ووجهه بقاء مقصود النكاح مع عدم المنع، فلو ارتتق المحل وبقي منه ما يمكن معه الوطء فلا خيار وإن كان لصغر آلته، بخلاف العدم. وإنما يتحتم ثبوت الخيار اذا لم يمكن ازالة المانع عادة، أو أمكن بفتق الموضع ولكنها امتنعت من الازالة.

أما لو رضيت بها فلا خيار له بحال اجماعاً، ولأن الحكم اذا تعلق بعلة زال بزوالها.

---

(١) الصحاح ٤:١٤٨٠ «رتق».

(٢) القاموس المحيط ٣:٢٣٥ «رتق».

(٣) التحرير ٢:٢٨.

(٤) المبسوط ٤:٢٥٠.

(٥) الكافي ٥:٤٠٩ حديث ١٦ ، الفقيه ٣:٢٧٣ حديث ١٢٩٦، التهذيب ٧:٤٢٧ حديث ١٧٠٣.

(٦) منهم الشيخ في المبسوط ٤:٢٥٠، وابن البراج في المهذب ٢: ٢٣٣.

ولا ترد المرأة بعيب سوى ذلك، وقيل: المحدودة في الزنا ترد، وقيل: بل يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر ولا فسخ.

ولو اراد الزوج الازالة مع امتناعها لم يكن له اجبارها؛ لأن ذلك ليس حقاً له ولما في الاقدام على الجراحة من تحمل الضرر والمشقة، كما أنها لو أرادت هي ذلك لم يكن له المنع؛ لأنه تداوٍ لا تعلق له به.

ولا يخفى أن رضاها بالازالة وحده لا يكفي في سقوط الخيار، بل لابد من حصولها، فلو مكنت من الازالة ولم يحصل على الفور عادة فالخيار بحاله، ثم ينبه في العبارة بشيئين:

الأول: انه عرف الرتق بكون الفرج ملتحماً على وجه ليس له مدخل للذكر، وعبارة الشيخ في المبسوط[1] خالية من هذا القيد، وهو الصواب؛ لأن الرتق اعم من ذلك.

فإن قيل: أراد به ما يكون عيباً في النكاح، والعيب هو هذا دون الأعم.

قلنا: فقوله بعد ذلك: (ويوجب الخيار مع منع الوطء) مستدرك.

الثاني: قوله: (ولم يمكن ازالته أو أمكن وامتنعت) يجب أن يكون في حيز (مع) ليكون شرطاً ثانياً للخيار مضافاً إلى منع الوطء، لكن تركيبه غير حسن؛ لأن المعطوف جملة والمعطوف عليه مفرد، اللهم إلاّ أن تؤول الجملة بمفرد، وهو عدم امكان الازالة ونحو ذلك؛ وقوله: (أو أمكن) على حد قول الشاعر: ولا أرض ابقل ابقالها.

قوله: (ولا ترد المرأة بعيب غير ذلك، وقيل: المحدودة في الزنا ترد، وقيل: بل يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر ولا فسخ).

لما انحصرت عيوب المرأة فيما ذكره المصنف بحكم الدليل ظهر وجه قوله: (ولا ترد المرأة بعيب غير ذلك) وقد وقع الخلاف في مواضع:

---

(١) المبسوط ٤: ٢٥٠.

. . . .

منها ما اذا زنت المرأة قبل الدخول بها، فإن الصدوق ذهب الى انها ترد بذلك ولا صداق لها[١]؛ لقول علي عليه السلام في المرأة اذا زنت قبل أن يدخل بها: «يفرق بينها ولا صداق لها»[٢]؛لأن الحدث كان من قبلها، والطريق ضعيف والمذهب عدم الرد بذلك.

ومنها ما اذا ظهر كون المرأة خنثى، فإن قطب الدين الكيدري ذهب الى انه عيب، وقال الشيخ في المبسوط: فيه قولان[٣]، واطلاق العبارة يتناول ما اذا كان مشكلاً، وفيه نظر؛ لأن المشكل لايصح نكاحه، وعلى كل تقدير فليس ذلك من جملة العيوب على المختار.

ومنها المحدودة في الزنا، وللأصحاب في حكمها ثلاثة اقوال:

الأول: أن ذلك عيب ترد به، ذهب اليه المفيد[٤]، وسلار[٥]، وابن البراج[٦]، وأبو الصلاح[٧]، والكيدري؛ لأن ذلك من الأُمور الفاحشة التي يكرهها الزوج، ونفور النفس منه اقوى من نفورها من نحو العمى والعرج، ولزوم العار العظيم به يقتضي كون تحمله ضرراً عظيماً.

ولما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت قد زنت قال: «إن شاء زوجها أخذ

---

(١) المقنع: ١٩.

(٢) الفقيه ٣: ٢٦٣، ١٢٥٣ حديث، التهذيب ٧: ٤٩٠ حديث ١٩٦٨.

(٣) المبسوط ٤: ٢٦٦.

(٤) المقنعة: ٨٠.

(٥) المراسم: ١٥٠.

(٦) المهذب ٢: ٢٣٤.

(٧) الكافي في الفقه: ٢٩٥.

الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها، وإن شاء تركها»[١] الحديث.

الثاني: انه ليس بعيب يوجب الرد بل للزوج الرجوع بالمهر على وليها العالم بحالها، وليس له فراقها إلاّ بالطلاق،ذهب الى ذلك الشيخ في النهاية[٢]،وابن ادريس[٣]، احتجاجاً بالرواية السالفة، فإن فيها قال: وترد المرأة من العفل والبرص والجذام والجنون، فأما ما سوى ذلك فلا.

قال الشيخ في توجيهه: هذا لاينافي ما قدمناه من أنه ليس له الرد بمجرد الفسق، فإنه قال: اذا علم انها كانت قد زنت كان له الرجوع على وليها بالصداق، ولم يقل: إن له ردها[٤].ولايمتنع أن يكون له استرجاع الصداق وإن لم يكن له رد العقد؛ لأن أحد الحكمين منفصل عن الآخر.

قال المصنف في المختلف: في إيجاب المهر على الولي مع عدم كونه عيباً اشكال ينشأ: من أن التضمين إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإن كان عيباً أوجب الفسخ وإلاّ لم يجب المهر[٥].

اقول: الاشكال في موضعه، وهنا نظر من وجه آخر، وهو أن محل النزاع هو المحدودة في الزنا، والرواية لا تدل عليه، نعم هي مناسبة لقول الشيخ في النهاية فإنه ساوى بين من تجدد علم الزوج بزناها ومن علم كونها قد حدث في الزنا حيث لم يوجب الرد لواحد منهما، واوجب الرجوع على الولي بالمهر[٦]، و في دلالتها الاشكال السابق.

---

(١) التهذيب ٤٢٥:٧ حديث ١٦٩٨، الاستبصار ٢٤٥:٣ حديث ٨٧٩.

(٢) النهاية: ٤٨٦.

(٣) السرائر: ٣٠٩.

(٤) التهذيب ٤٢٥:٧ ذيل الحديث ١٦٩٨.

(٥) المختلف: ٥٥٣.

(٦) النهاية: ٤٨٦.

. . . .

الثالث: انه ليس بعيب ولا رجوع بالمهر، ذهب الى ذلك المصنف[١]، وجمع من المتأخرين[٢]، وهو الأصح.

لنا على الحكم الأول التمسك بأصالة لزوم النكاح، ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»[٣]، خرج ما اخرجه الدليل فيبقى الباقي على حكم العموم.

وبرواية رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المحدودة هل ترد من النكاح، قال: «لا»[٤].

وعلى الحكم الثاني أن المهر وجب بالعقد، فإذا كان النكاح لازماً ولم يكن المذكور عيباً فالرجوع بالمهر خلاف مقتضى النكاح، فإن مقتضاه كون المهر على الزوج دون الولي.

ويمكن حمل الرواية على ما اذا شرط الزوج كونها عفيفة فظهر الخلاف، فإنه يرجع بالصداق اذا فسخ بدليل قوله: (وإن شاء تركها) أي بغير فسخ ولا رجوع.

ويثبت زناها بشاهد عدل بالنسبة الى التسلط على الفسخ، وبالاقرار مرة على الأقرب لا بالنسبة الى الحد وهو ظاهر.

تذنيب: ذهب ابن الجنيد الى أن الزنا يرد به النكاح في الرجل والمرأة قبل العقد وبعده[٥]، وقد عرفت ضعف التمسك وأن الأصح العدم.

---

(١) المختلف: ٥٥٣.

(٢) انظر: ايضاح الفوائد ٣: ١٧٩، التنقيح الرائع ٣: ١٨٣.

(٣) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٠.

(٤) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٨.

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٥٧.

الفصل الثاني: في أحكام العيوب:

خيار الفسخ على الفور، فلو سكت صاحبه عالماً مختاراً بطل خياره، وكذا خيار التدليس.

وليس الفسخ طلاقاً، فلا يعد في الثلاث، ولا يطرد معه تنصيف المهر، ولا يفتقر إلى الحاكم.

وفي العنة يفتقر إليه لا في الفسخ، بل في ضرب الأجل، وتستقل المرأة بعده عليه.

قوله: (الفصل الثاني: في أحكام العيوب:

خيار الفسخ على الفور، فلو سكت صاحبه عالماً مختاراً بطل خياره، وكذا خيار التدليس. وليس الفسخ طلاقاً فلا يعد في الثلاث، فلا يطرد معه تنصيف المهر ولا يفتقر الفسخ الى الحاكم، وفي العنة يفتقر اليه لا في الفسخ، بل في ضرب الأجل وتستقل المرأة بعده عليه).

هذا الخيار على الفور عندنا، وكذا الخيار في التدليس على الفور، فلو أخر من اليه الفسخ عالماً مختاراً بطل على الفور خياره لفوات الفورية، سواء الرجل والمرأة. ولو جهل ثبوت الخيار فأصح القولين بقاء الخيار، فيتخير حينئذٍ على الفور، بخلاف ما لو علم الثبوت وجهل الفورية، فإن الخيار يبطل بالتأخير؛ لأنه يشعر بالرضى كما سبق في تجدد العتق.

ولو منع من الاختيار، إما بالقبض على فيه، أو هدد تهديداً يعد مثله اكراهاً فالخيار بحاله؛ لأن الاكراه عذر بالنص [1]، والاجماع. ثم إن هذا الفسخ لايعد طلاقاً

---

(١) الفقيه ٢: ٤١٧ حديث ٩، التوحيد: ٣٥٢ حديث ٢٤، الخصال ٢: ٤١٧.

. . . .

قطعاً، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق، فلا يعد في الثلاث، فلا تحرم إلّا بطلقات ثلاث غيره.

ولا يطرد معه تنصيف المهر بحيث يكون متى حصل ثبت كما في الطلاق، وإنما عبر بقوله:(فلا يطرد) دون أن يقول: ولا ينتصف؛ لانتقاضه بالعنة حينئذٍ فإنها مع الفسخ بها تستحق نصف المهر على ما سيأتي إن شاء الله تعالى وعلى ما عبر به فالمنفي هو اطراده، وذلك لا ينافي الثبوت في بعض الصور.

ولايفتقر هذا الفسخ الى الحاكم؛ لأنه حق ثبت، فلا يتوقف استيفاؤه على كونه بحضور الحاكم أو باذنه كسائر الحقوق، خلافاً لبعض العامة[1] وابن الجنيد[2] منا، وكلام الشيخ في موضع من المبسوط يشعر بتردده[3].

وفي موضع آخر قبله جوز الاستقلال بالفسخ محتجاً بأن الأخبار في هذا الباب مطلقة[4].

واستثنوا من هذا الحكم العنة، فإن الفسخ بها يتوقف على الحكم اجماعاً ،لا لأجل الفسخ بل لأنه لابد من ضرب الأجل على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، ولا يكون ذلك إلّا بحكم الحاكم اجماعاً كالحجر بالفلس وبالسفه عند قوم.

فإذا ضرب الأجل ومضت المدة استقلت المرأة بالفسخ حينئذٍ، وقول المصنف: (وتستقل المرأة بعده عليه) الضمير الأول فيه يعود الى الأجل والثاني إلى الفسخ، وكأنه ضمن كلمة(تستقل)معنى(تسلط)فعداه بكلمة(على) أي وتستقل متسلطة بعد الأجل على الفسخ من غير توقف على الحاكم.

---

(١) انظر: المجموع ١٦:٢٧٢، المغني لابن قدامة ٧:٥٨٥.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٥٧.

(٣) المبسوط ٤:٢٥٣.

(٤) المبسوط ٤:٢٤٩.

ولا يفسخ الرجل بالمتجدد بالمرأة بعد الوطء.

وفي المتخلل بينه وبين العقد اشكال أقربه التمسك بمقتضى العقد.

قوله: (ولا يفسخ الرجل بالمتجدد بالمرأة بعد الوطء، وفي المتخلل بينه وبين العقد اشكال، اقربه التمسك بمقتضى العقد).

للعيب الحاصل بالمرأة حالات ثلاث:

أحدها: أن يكون موجوداً قبل العقد، ولا شبهة في ثبوت الخيار به، فإنه لما كان حاصلاً في زمان العقد منع وقوعه على وجه اللزوم.

وثانيها: أن يتجدد بعد الوطء، وقد جزم المصنف بعدم الخيار به هنا وفي التحرير[1]، واطلاق كلام الشيخ في المبسوط والخلاف بثبوت الخيار بالعيب الحادث ولو لم يكن حال العقد محتجاً بعموم الأخبار يتناول الحادث بعد الوطء،وقوله بعد أن الفسخ بالعيب الحادث بعد الدخول يوجب المسمى يؤكد ذلك[2].

والأصح عدم الرد به؛ لتأكد النكاح بالدخول الجاري مجرى القبض في البيع، مع أنه قد سبق لزوم النكاح وثبوته، فتجدد الخيار يتوقف على الدليل.

وقد روى عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «المرأة ترد من أربعة اشياء: من البرص، والجذام، والجنون، والقرن وهو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا»[3].

وجه الاستدلال بها أنها دالة على رد المرأة بالعيب إلّا أن يكون قد وقع عليها، وذلك عام في الوقوع بعد العيب وقبله، وقد دل الدليل على أن الوقوع قبل العلم بالعيب لا يسقط الخيار، فيختص به هذا العموم ويبقى الباقي على حكمه.

---

(١) التحرير ٢:٢٩.

(٢) المبسوط ٤:٢٥٢، الخلاف ٢:٢٢٧ مسألة ١٢٨ كتاب النكاح.

(٣) الكافي ٥:٤٠٩ حديث ١٦، الفقيه ٣:٢٧٣ حديث ١٢٩٦، التهذيب ٧:٤٢٧ حديث ١٧٠٣، الاستبصار ٣:٢٤٨ حديث ٨٨٨.

. . . .

وثالثها: أن يتجدد بعد العقد وقبل الوطء، وللأصحاب فيه قولان:

أحدهما: الثبوت، ذهب اليه الشيخ في المبسوط والخلاف[١]، تمسكاً بعموم الأخبار الدالة على الرد بهذا العيب، فإنها شاملة للموجود قبل العقد والمتجدد بعده؛ لرواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله السالفة وغيرها[٢].

والثاني: العدم، اختاره ابن ادريس[٣]، وكلام ابن حمزة يشعر به[٤]، وإليه ذهب المصنف في المختلف[٥]، وقواه هنا وفي التحرير[٦]، واختاره جماعة من المتأخرين[٧]، وهو الأصح.

لنا إن العقد قد وقع لازماً فيجب التمسك بمقتضاه عملاً بالاستصحاب، وأمر النكاح مبني على كمال الاحتياط فلا تسلط على فسخه بكل سبب، مع أن اكثر الأصحاب مطبقون على انتفاء الخيار.

وأما الأخبار فإن ظاهرها وإن اقتضى ثبوت الخيار إلّا أنها غير صريحة في ذلك، مع أن صحيحة أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قد تضمنت الحكم برد العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة والتي بها زمانة اذا دلست نفسها[٨]، وإنما يكون التدليس مع وجود العيب قبل العقد.

ومفهوم ذلك يقتضي عدم الرد مع انتفاء التقدم، ومفهوم الشرط حجة عند

---

(١) المبسوط ٢٥٢:٤، الخلاف ٢٢٧:٢ مسألة ١٢٨ كتاب النكاح.

(٢) الكافي ٤٠٩:٥ حديث ١٨، التهذيب ٤٢٧:٧ حديث ١٧٠٤، الاستبصار ٢٤٩:٣ حديث ٨٩٠.

(٣) السرائر: ٣٠٩.

(٤) الوسيلة: ٣٦٧.

(٥) المختلف: ٥٥٤.

(٦) التحرير ٢٩:٢.

(٧) منهم فخر المحققين في الايضاح ١٧٩:٣، والفاضل المقداد في التنقيح ١٨٥:٣.

(٨) الكافي ٤٠٨:٥ حديث ١٤، التهذيب ٤٢٥:٧ حديث ١٦٩٩، الاستبصار ٢٤٧:٣ حديث ٨٨٥.

ولا يمنع الوطء من الفسخ بالسابق على العقد مع الجهل، فيجب المهر ويرجع به على المدلّس إن كان، وإلّا فلا رجوع.

ولو كانت هي المدلّسة رجع عليها، إلّا بما يمكن أن يكون مهراً.

المحققين.

اذا عرفت ذلك فارجع الى عبارة الكتاب واعلم أن منشأ الاشكال ما ذكرناه من دليلي القولين، ووجه القرب ما ذكرناه في ترجيح الثاني.

قوله: (ولايمنع الوطء من الفسخ بالسابق على العقد مع الجهل، فيجب المهر، ويرجع به على المدلس إن كان، وإلّا فلا رجوع، ولو كانت هي المدلسة رجع عليها إلّا بما يمكن أن يكون مهراً).

قد علم مما سبق أن العيب في النكاح قد يكون في الرجل وقد يكون في المرأة، فإن كان في المرأة فقد تقرر أنها إنما ترد اذا كان العيب سابقاً على العقد، وحينئذٍ فإما أن يعلم به الزوج قبل العقد أو بعده قبل الوطء، أو بعده.

واذا تجدد علمه به فإما أن يطأ في هذه الحالة أو لا، فإن علم قبل العقد فلا خيار له على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وإن تجدد علمه بعده ثبت له الخيار بشرط أن لا يقدم على الوطء بعد العلم، فإن فعل فلا خيار له؛ لدلالته على الرضى، ولرواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله السابقة، ولأن ذلك ربما افضى الى التراخي في الاختيار والخيار فوري.

أما اذا كان جاهلاً بالحال، إما من حيث جهله بالعيب أو جهله بثبوت الخيار، فإنه لا يسقط بالوطء على تردد في الثاني.

وقد وردت الأخبار بأن لها المهر اذا فسخ ويرجع به على المدلس[1]، وإنما يكون ذلك بعد الوطء كما لا يخفى.

---

(١) التهذيب ٧: ٤٢٥ و ٤٣٢ حديث ١٦٩٨ و ١٧٢٣.

. . . .

وهل يجري التقبيل وغيره من الاستمتاعات مجرى الوطء ؟ فيه اشكال ينشأ: من دلالته على الميل الدال على الرضى، ومن أصالة البقاء والتوقف في هذه الدلالة، ولا ريب أن هذا إنما يكون مع عدم منافاة التراخي، كما لو اكرهه مكره على عدم الاختيار،ثم في هذا البحث امور:

الأول: المهر الواجب هنا هو المسمّى لا محالة؛ لأن النكاح صحيح، فإن ثبوت الخيار فرع صحة العقد في نفسه، وقال الشيخ في المبسوط: إن كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسمّى؛ لأن الفسخ إنما يستند الى العيب الطارئ بعد استقراره.

وإن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول وجب مهر المثل؛ لما قلناه من أن الفسخ يستند الى زمان العيب، ويصير النكاح كأنه وقع فاسداً فتتعلق به احكام الفاسد، وإن كان قبل الدخول فلا مهر ولا متعة[1].

وإن كان بعده فلا نفقة في العدة ويجب مهر المثل، وقد يعلل بأن قضية الفسخ أن يرجع كل واحد من المتعاقدين الى عين حقه إن بقي والى بدله إن تلف، وقد جرى العقد على البضع والمسمّى، وعوض البضع هو مهر المثل.

وما ذكره الشيخ ضعيف؛ لأن النكاح وقع صحيحاً، والفسخ وإن كان بسبب العيب إلّا أنه إنما يبطل النكاح من حينه، ولا يزيل الأحكام التي سبقت عليه، ولهذا لا يرجع عليها بالنفقة الماضية وإن بقيت عينها.

وأما التعليل الثاني فجوابه: إن ذلك في المعاوضات الحقيقية والنكاح ليس منها؛ ولأن المسمّى يستقر وجوبه بالوطء مرة واحدة فلا يسقط بالفسخ الطارئ.

الثاني: قال المصنف في المختلف: اذا كانت هي المدلسة بعد الدخول وتسليم

---

(١) انظر: المبسوط ٤: ٢٥١.

المهر فالمشهور أنه يرجع الزوج عليها بما دفعه، وإن كان الولي هو المدلس رجع الزوج عليه وكان لها المهر كملاً.

ثم حكى عن ابن الجنيد الرجوع على الولي به إلاّ قدر اقل مهر مثلها، إلاّ أن يكون مما لايظهر وقد خفي على الولي، فيكون لها أقل صداق مثلها، والباقي مردود من مالها على زوجها، وحكمها حكم وليها إن كانت هي العاقدة على نفسها[1].

ومحصّل ما ذكره الشيخ في المبسوط أن الولي اذا زوجها فلا يخلو: إما أن يكون ممن لا يخفى عليه عيبها كالأب والجد ونحوهما ممن يخالطها ويعرفها فالرجوع عليه، أو يكون ممن يخفى عليه ذلك، فإن صدقته المرأة أنه لايعلم فالرجوع عليها؛ لأنها هي الغارة، وإن كذبته فالقول قوله مع يمينه والرجوع عليها دونه[2].

وذهب أبو الصلاح الى أنها إذا كانت هي المدلسة لا يرجع عليها بشيء مما اخذته من المهر بعد الوطء، محتجاً بأن الصداق عوض البضع[3]، وهو ضعيف.

ولا شك أن تنقيح هذا الموضوع مما لابد منه، فلابد من بيان معنى التدليس، وتحقيق المعنى المراد بالولي هنا، وبيان أن الواقع يمكن أن يخلو عن التدليس واستحقاق الرجوع بالمهر أولا.

فنقول: التدليس تفعيل من المدالسة وهي المخادعة، والمراد هنا كتمان العيب، والدلس محركة الظلمة، كأن المدلس لما أتى بالمعيب الى المخدوع وقد كتم عليه عيبه أتاه به في الظلمة، هذا هو أصل المعنى. لكن صدق التدليس في الأبواب يتفاوت، ففي بعض الأحوال لا يعد مدلساً إلاّ اذا ظهر الضد كالرقية.

---

(١) المختلف: ٥٥٧.

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٢.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٩٥.

. . . .

فإن من زوج امرأة فظهر كونها رقيقة لا يعد مدلساً إلّا اذا وصفها بكونها حرة، وفي بعضها يعد مدلساً بمجرد السكوت عن بيان الحال.

كما اذا زوج ذات العيب ولم يبيّن عيبها، وكان المدار في ذلك كون الشيء خللاً في الخلقة وعدمه.

وكل موضع تحقق فيه خلل الخلقة فالسكوت عنه مع العلم به تدليس، وكل موضع لايكون كذلك لايتحقق التدليس، إلّا إذا وصف بصفة كمال فيظهر عدمها كالحرية والبكارة، والأصل فيه أن الاطلاق محمول على كمالية الخلقة، ولايقتضي استجماع صفات الكمال، هذا معنى التدليس.

وأما بيان ما به يصير الشخص مدلساً فينبغي أن يقال فيه: أنه متى تحقق كونه باعثاً على التزويج عد مدلساً، سواء كان متولي العقد هو أو غيره، وهكذا يفهم من كلام بعض المحققين[١].

لكن عبارة المصنف والشيخ[٢] وابن الجنيد[٣] غير وافية بذلك، والذي تشعر به عبارة المبسوط أن المدار في التدليس على التزويج، وفي عبارة بعض الأخبار اختلاف، ففي بعضها الرجوع على الولي الذي دلسها[٤]، وفي بعضها يغرم وليها الذي انكحها[٥]، وفي بعضها أن المهر على الذي زوجها؛ لأنه الذي دلسها[٦].

---

(١) منهم ابن ادريس في السرائر: ٣٠٩.

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٤.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٥٨.

(٤) الكافي ٥: ٤٠٨ حديث ١٤، التهذيب ٧: ٤٢٥ حديث ١٦٩٩، الاستبصار ٣: ٢٤٧ حديث ٨٨٥.

(٥) الكافي ٥: ٤٠٦ حديث ٦، التهذيب ٧: ٤٢٦ حديث ١٧٠١، الاستبصار ٣: ٢٤٧ حديث ٨٨٦.

(٦) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٨.

وأما الولي فالمعروف بينهم أنه الذي أمر المرأة اليه، كالأب والجد والوصي والحاكم، ومقتضى ذلك أن الرجوع عليه إن كان وإلّا فعليها. ويناسب الحال أن يراد بالولي هنا المتولي لأمرها وإن كان وكيلاً بحيث يكون تزويجها مستنداً إليه، سواء باشر العقد أم لا.

والأخبار لاتدل على أمر غير ذلك، والدليل لاينهض إلّا عليه؛ لأن التدليس منوط بالباعثية، لكن الولي إنما يرجع عليه اذا كان عارفاً بحالها، فإن علم ذلك فلا بحث، وإن لم يعلم: فإن كان ممن شأنه أن لايخفى عليه حالها كالمحرم حيث لا يكون العيب خفياً جداً عمل بظاهر الحال واغرم المهر، إلّا أن تصدقه المرأة فالرجوع عليها.

ولو كذبته فالذي يناسب المقام أن يقدّم قولها باليمين؛ لأن الظاهر الذي مدار الأمر عليه معها، ولو ادعى عليها الولي في هذه الحالة اختصاصها بالتدليس بأنها حملته على تزويجها وافهمته أن الزوج علم حالها فكذلك.

وإن كان ممن يخفى عليه أمرها: فإن صدقته المرأة فالرجوع عليها، وإن كذبته فالقول قوله بيمينه.

فيلخص من هذا أن الواقع لايخلو عن التدليس إما منها أو من المزوج لها، ومنه يتبين أن الرجوع بالمهر ثابت للزوج في كل صورة، وقد يتوقف في صورة واحدة، وهي اذا كان العيب خفياً جداً وادعت المرأة الجهل به وامكن ذلك فإن في تصديقها باليمين وسقوط الرجوع هنا اشكالاً ينشأ: من اطلاق النصوص وكلام الفقهاء بالرجوع عليها وعلى متولي انكاحها، ومن انتفاء معنى التدليس حينئذٍ الذي هو مناط الرجوع وكون الجاهل معذوراً. وعبارة الكتاب تدل على أن الحال قد يخلو عن التدليس وهي قوله:(كان وإلّا فلا رجوع)، وقريب منه عبارة ابن ادريس [1].

(١) السرائر: ٣٠٩.

. . . .

فرع: لو كان المتولي لتزويجها جماعة فالرجوع عليهم بأن يوزع على جميعهم بالسوية، سواء كانوا ذكوراً أم لا.

الثالث: اطلق الأصحاب الرجوع بالمهر عليها اذا كانت هي المدلسة، وهو واضح إذا كان قد دفع اليها، أما مع عدمه فلا محصل له، ويبعد أن يراد به دفعه اليها ثم استعادته منها إذ لا فائدة في ذلك.

وقديتخيّل أن فائدة الدفع اليها المحافظة على عدم خلو الوطء المحترم عن مهر، فيكون دفعه من حيث كونه مهراً يقتضيه الوطء واستعادته من جهة التدليس. ويندفع هذا بأنه لابد لها مما يكون مهراً على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

الرابع: إذا كان الرجوع بالمهر على غيرها فلا بحث في أنه يرجع بجميع ما غرم، وإن كان الرجوع عليها ففي الرجوع بجميع المهر وجهان:

أحدهما: يرجع بالجميع؛ لظاهر النصوص [1]، ولأن غرم المهر ينشأ من تغريرها.

والثاني: إنه يجب أن يستثنى مما يكون مهراً؛ لأن الوطء المحترم لايخلو من مهر قطعاً، وهذا أصح وبه صرح كبراء الأصحاب، وفي تقديره قولان:

أحدهما: ما ذهب اليه ابن الجنيد وهو أقل مهر مثلها[2]، ووجهه انه قد استوفى منفعة البضع فوجب عوض مثلها وهو مهر المثل.

والثاني: ـ واليه ذهب الاكثر ـ اقل ما يمكن أن يكون مهراً، وهو أقل ما يتمول في العادة، ووجهه ورود النص [3] بالرجوع بالجميع، فيجب الاقتصار في المخالفة على موضع اليقين، وهذا هو المقطوع به دون ما زاد وهو الأصح.

---

(١) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٨.

(٢) نقله عنه العلاّمة في المختلف: ٥٥٧.

(٣) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٨.

ولو كان العيب فيه لزمه المهر في خاصه اذا فسخت بعد الوطء.

ولو فسخ الزوج قبل الدخول سقط المهر، وكذا المرأة، إلاّ في العنة فيثبت لها النصف.

ولو وطأ الخصي فلها المهر كملاً والفسخ،

ولقائل أن يقول: إن هذا الاستثناء إن كان حقاً ثابتاً للزوجة في مقابل الوطء المحترم فلا معنى للرجوع به على الولي كما لايجوز به عليها، وإن لم يكن حقاً لها ثابتاً استحق الرجوع به على المدلس وإن كان هو الزوجة.

قوله: (ولو كان العيب فيه لزمه المهر في خاصه اذا فسخت بعد الوطء).

أي: اذا كان العيب الموجب للفسخ في الزوج لزم الزوج المهر في خاصه، أي في خاص الزوج، أي في ماله الخاص به دون من دلسه، وهذا اذا كان الفسخ بعد الوطء الموجب لاستقرار المسمى.

وإنما وجب المهر هنا في خاصه دون من دلسه؛ لأن النكاح وقع صحيحاً فأوجب المهر واستقر بالدخول، ورجوع الزوج في المسألة السابقة لكونه مغروراً، وهو هنا غير مغرور بل المغرور الزوجة وقد استوفت حقها فلا رجوع له على احد.

وقال ابن حمزة: إن فسخ المرأة موجب لسقوط المهر، سواء كان قبل الدخول أو بعده[1]. وهو ضعيف؛ لاستقرار المسمّى بالدخول فلا يسقط فسخها.

قوله: (ولو فسخ الرجل قبل الدخول سقط المهر، وكذا المرأة إلاّ في العنة فيثبت لها النصف، ولو وطأ الخصي فلها المهر كملاً والفسخ).

قد تبيّن أنّ العيب إما في الرجل أوالمرأة، وعلى التقديرين إما أن يحصل

---

(١) الوسيلة: ٣٦٧.

. . . .

الفسخ قبل الدخول أو بعده، فأما حكم الفسخ بعد الدخول من الزوج أو الزوجة فقد سبق حكمه.

والمقصود هنا بيان حكم الفسخ قبل الدخول، وحكمه سقوط المهر، سواء كان الفسخ من الزوج بعيبها أو من الزوجة بعيبه.

أما إذا كان الفسخ من الزوجة فظاهر؛ لأن الفسخ متى وقع من جانبها قبل الدخول اقتضى سقوط المهر كما قدمناه غير مرة. وأما اذا كان الفسخ من الزوج فلأنه مستند اليها؛ لأنه انما فسخ بعيبها، ولا يستثنى من ذلك شيء إلّا فسخها بعيبه قبل الدخول، فإنه يوجب نصف المهر باتفاق اكثر الأصحاب.

وهذا الحكم جار على خلاف الأصل، ومستنده رواية أبي حمزة عن أبي جعفر: «إن زوجة العنين تعطى نصف الصداق ولا عدة عليها»[1]، ويؤيده من حيث المعنى أن الزوج اشرف على محارمها وخلا بها سنة فناسب أن لا يخلو من عوض،ولم يجب الجميع لانتفاء الدخول.

وقال ابن الجنيد: إذا اختارت الفرقة بعد تمكينها اياه من نفسها وجب المهر وإن لم يولج[2]، قال المصنف في المختلف: وهو بناء على اصله من أن المهر يجب كملاً بالخلوة كما يجب بالدخول[3]، ولو علمت بعيب الخصي بعد الوطء كان لها الفسخ ووجب عليه جميع المهر؛ لاستقراره بالدخول.

وفي رواية سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام: إن خصياً دلس نفسه لامرأة قال «يفرق بينهما وتأخذ المرأة منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس نفسه»[4].

---

(١) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٧، التهذيب ٧: ٤٢٩ حديث ١٧٠٩، الاستبصار ٣:٢٥١ حديث ٨٩٩.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٥٥.

(٣) المختلف: ٥٥٥.

(٤) الكافي ٥:٤١١ حديث ٦، التهذيب ٧:٤٣٤ حديث ١٧٣١.

والقول قول منكر العيب مع يمينه وعدم البينة.

ولا تثبت العنة إلّا باقراره، أو البينة على اقراره، أو نكوله إما مع يمين المرأة أو مطلقاً على خلاف، فلو ادعت العنة من دون الثلاثة حلف.

وقيل: إن تقلّص في الماء البارد فصحيح، وإن استرخى فعنين.

قوله: (والقول قول منكر العيب مع يمينه وعدم البينة، ولا تثبت العنة إلّا باقراره أوبالبينة على اقراره أو نكوله، اما مع يمين المرأة أو مطلقاً على خلاف، فلو ادعت العنة من دون البينة حلف، وقيل: إن تقلص في الماء البارد فصحيح وإن استرخى فعنين).

مقصود هذا البحث بيان طريق ثبوت العيب وإن لم يستوف أحكام ذلك، لكن سيأتي فيها بعد تنقيحها في كلامه، ولا ريب أن العيب على قسمين خفي وجلي، فالجلي كالجذام والبرص اللذين يعلمهما كل احد، وكذا الجب والخصي ويسهل اطلاع الحاكم عليهما، لا حاجة الى ذكر المتنازع فيه؛ لأن قطع المنازعة فيه سهل.

وأما الخفي فلا شك في أن مثبته عليه البينة؛ لأنه مدع فإن الأصل الصحة، وعلى نافيه اليمين؛ لأنه منكر، ولا شك أنه يشترط في الشاهد مع العدالة العلم بذلك العيب، وعلاماته بكونهما طبيبين عارفين بحيث يقطعان بوجوده إن كان مما يمكن علم الغير به كالبرص والجذام الخفيين.

وإن كان لا يعلمه غالباً إلّا صاحبه ولا يطلع عليه إلّا من قبله وهو العنة، فإن طريق ثبوته اقرار الزوج أو البينة على اقراره، أو اليمين المردودة من المنكر، أو الحاكم اذا نكل المنكر عن اليمين، بناء على أن النكول وحده لايقضى به بل يرد اليمين على المدعي.

فإذا حلف قضى بثبوت الدعوى، وهذا اصح القولين، ووراءه قول آخر وهو

. . . .

القضاء بمجرد النكول، ذهب إليه الشيخ رحمه الله[1]، فعلى هذا يكون الثبوت باليمين المردودة من المنكر؛ لأنها كاقراره أو كالبينة، وموضع القولين كتاب القضاء، وسياتي تحقيقها إن شاء الله تعالى.

وإلى هذا اشار المصنف بقوله: (أو نكوله، اما مع يمين المرأة أو مطلقاً على خلاف) أي: لاتثبت العنة إلاّ بكذا أو نكوله اما مقيداً باليمين على قول أو مطلقاً، أي: غير مقيد باليمين على قول آخر.

ولا يخفى أن ما ذكره غير حاصر، مع أن مقتضى عبارته الحصر، فإن الاستثناء في سياق النفي يفيد الحصر؛ لأن اليمين المردودة طريق الى الثبوت مع انتفاء النكول ثمة، ولعله اكتفى في الدلالة على هذا بذكر اليمين المردودة مع النكول، وهنا مسامحة أيضاً وهي أن قضية العبارة أن الثبوت بالنكول واليمين معاً.

ولا شك أنه لا دخل للنكول في الثبوت أصلاً وإنما المثبت هو اليمين خاصة، والنكول هو السبب في تسلط الحاكم على الرد، ولولاه لكان الرد من المنكر ليس إلاّ.

وإنما قلنا: إن العنة عيب لا يعلمه غالباً إلاّ صاحبه؛ لأن استناد الامتناع من الوطء الى العجز بحيث يضعف العضو عن الانتشار أمر خفي لا يطلع عليه الغير اطلاعاً يقطع به بحيث يصيرمتحملاًللشهادة، ولهذا لو اقيمت الشهادة بنفس العنة لم تسمع، نعم قد تطلع عليه الزوجة بمرور الايام وتكرار الأحوال وتعاضد القرائن.

فلذلك يثبت بيمينها المردودة، وانكره بعض الشافعية محتجاً بأن خفاء هذا الأمر مما تشترك فيه الزوجة والشاهد[2]، والفرق ظاهر؛ لأن الزوجة تطلع من بواطن احوال الزوج على ما لا يطلع عليه غيرها.

---

(١) المبسوط ٤:٢٦٣.

(٢) انظر المجموع ١٦:٢٧٧.

ولو ادعى الوطء قبلًا أو دبراً أو وطأ غيرها بعد ثبوت العنة صدّق مع اليمين، وقيل في دعوى القبل إن كانت بكراً صدّق مع شهادة النساء بذهابها وإلّا حشى قبلها خلوقاً وأمر بوطأها فيصدق مع ظهوره على العضو.

اذا تقرر هذا فإن الزوجة اذا ادعت العنة ولم يقر ولم يكن بينة على اقراره حلف، فإذا حلف استقر النكاح وانقطعت الدعوى، هذا هو المشهور بين الأصحاب، وقال الصدوق في المقنع وابوه في الرسالة: يقعد الرجل في ماء بارد فإن استرخى ذكره فهو عنين، وإن تشنّج فليس بعنين[1]، واليه ذهب ابن حمزة[2]، وانكره ابن ادريس[3]، وكافة المتأخرين ، وهو الأصح؛ لأن ذلك لا ينضبط ولا يوثق به،و(تقلص) معناه انضم وانزوى، والشنج تقبض في الجلد.

قوله: (ولو ادعى الوطء قبلًا أو دبراً، أو وطأ غيرها مع ثبوت العنة صدّق مع اليمين، وقيل صدق في دعوى القبل، وإن كانت بكراً صدق مع شهادة النساء بذهابها، وإلّا حشي قبلها خلوقاً وأُمر بوطئها، فيصدق مع ظهوره على العضو).

لو تنازعا في العيب فالحكم ما تقدم، ولو تنازعا في الوطء في موضع العنة، فادعاه الزوج قبلًا أو دبراً لها أو لغيرها مع ثبوت عننه بواحد من الطرق السابقة، فالقول قول الزوج بيمينه وإن كان بصورة المدعي؛ لأنه في الحقيقة منكر ، وأن الأصل الصحة، وحصول العيب على خلاف الأصل، ومثل هذا الأمر يتعذر فيه اقامة البينة.

ولقائل ان يقول: إن الفرض مصور بما إذا ثبتت العنة، وكيف يكون منكراً مع

---

(١) المقنع:١٧، وانظر المختلف: ٥٥٦.

(٢) الوسيلة:٣٦٦.

(٣) السرائر:٣٠٩.

. . . .

ثبوتها، بل هو المدعي في الحقيقة، وتعذر اقامة البينة لا يكفي في الثبوت باليمين كما في السرقة.

ويمكن الجواب بأن العنة لم تثبت إلى الآن وإلّا لثبت الفسخ، وإنما الثابت العجز الذي يمكن أن يكون عنة ويمكن أن يكون غيرها، ولهذا يؤجل سنة لينظر ايقدر على الوطء أم لا، فإن قدر على وطء أحد فلا عنة وإلّا ثبت وأما تعذر اقامة البينة لكون الشيء مما لا يطلع عليه فإنه يكفي فيه اليمين لئلا يؤدي الى سقوط اعتباره كما في الحيض.

فإنها لو ادعت انقضاء العدة به وأمكن صدقت بيمينها، أما لو تنازعا في الوطء قبل ثبوت العنة فإن كونه منكراً لا شبهة فيه.

وبما ذكرناه قال الشيخ في النهاية[1] واكثر الأصحاب[2]، والمصنف، وذهب في الخلاف إلى أن دعواه الوطء إن كان في القبل، فإن كانت بكراً صدق مع شهادة اربع نساء بذهابها، وإن كانت ثيباً حشي قبلها خلوقاً ثم يؤمر بالوطء، فإن خرج الخلوق على ذكره صدق وإلّا فلا[3]، وبه قال الكيدري[4].

احتج الأولون بعموم قوله عليه السلام: «البينة على المدعي واليمين على من انكر»[5]، وبما رواه أبو حمزة في الصحيح قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «اذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوجت زوجاً غيره فزعمت أنه لايقربها منذ دخل بها، فإن القول في ذلك قول الزوج، وعليه أن يحلف بالله لقد جامعها لأنها

---

(١) النهاية: ٤٨٧.

(٢) منهم ابن أبي عقيل كما في المختلف: ٥٥٦، وابن البراج في المهذب ٢: ٢٣٦، وابن ادريس في السرائر: ٣٦٠.

(٣) الخلاف ٢: ٧٢٨ مسألة ١٤٠ كتاب النكاح.

(٤) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٦.

(٥) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٠ حديث ١، التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣.

المدعية»[١].

واحتج الآخرون بما رواه عبدالله بن الفضل الهاشمي عن بعض مشايخه قال: قالت امرأة لأبي عبدالله عليه السلام، أو سأله رجل عن رجل تدعي عليه امرأته انه عنين وينكر الرجل، قال: «تحشوها القابلة بالخلوق ولا يعلم الرجل ويدخل عليها الرجل، فإن خرج على ذكره الخلوق صدق وكذبت وإلّا صدقت وكذب»[٢].

وضعّفها المصنف في المختلف بكونها مرسلة، ثم صوب الجمع بينها وبين رواية أبي حمزة بحمل الأُولى على ما اذا ادعى الرجل الاصابة قبل الدعوى فانكرت، والثانية على ادعاء العنة فينكر الرجل[٣].

وفي هذا الحمل اعتراف بأن حشو الخلوق طريق الى قطع المنازعة، وفيه نظر؛ لامكان أن يلطخ ذكره به هو أو غيره، فلا يكون دليلاً على الجماع، اللهم إلّا اذا قطع بانتفاء ذلك كما اذا افردا في بيت خال وشدت يداه على وجه افاد اليقين، فإنه لايبعد المصير إليه.

لكن على هذا لا يحتاج الى ما قيد به في الرواية من كون الرجل لا يعلم حشو الخلوق.

ومتى ثبت اعتبار حشو الخلوق شرعاً كان ذلك طريقاً رابعاً يستعلم به ثبوت العنة وانتفاؤها.

والخلوق بفتح الخاء المعجمة: اخلاط من الطيب منها الزعفران.

ولوكانت بكراً فادعى الاصابة فشهد اربع نسوة بالبكارة فكذبهن الزوج لم

---

(١) الكافي ٤١١:٥ حديث ٧، التهذيب ٧: ٤٢٩ حديث ١٧٠٩، الاستبصار ٢٥١:٣ حديث ٨٩٩.

(٢) الكافي ٤١١:٥ حديث ٨، الفقيه ٣٥٧:٣ حديث ١٧٠٤، التهذيب ٤٢٩:٧ حديث ١٧١٠، الاستبصار ٢٥١:٣ حديث ٩٠٠.

(٣) المختلف: ٥٥٦.

وإذا ثبت العنة وصبرت لزم العقد، وإلّا رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجله سنة من حين المرافعة، فإن واقعها أو غيرها فلا فسخ، وإلّا فسخت إن شاءت ولها نصف المهر.

يسمع منه، وإن ادعى عود البكارة بعد الوطء قدّم قولها مع اليمين، اما بعدم الوطء أو بان هذه بكارة الأصل فإن جانبها معتضد بأصالة بقاء البكارة الخلقية، وأن الظاهر عدم العود بعد الزوال.

ولو نكلت حلف وسقط خيارها، ولو نكل لم يبعد تقديم قولها؛ لأن الظاهر معها، وقد صرح المصنف بهذه الاحكام في التحرير[١]، والشيخ في المبسوط[٢].

قوله: (وإذا ثبت العنة وصبرت لزم العقد، وإلّا رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجله سنة من حين المرافعة، فإن واقعها أو غيرها فلا فسخ، وإلّا فسخت إن شاءت ولها نصف المهر).

اذا ثبت العنة بأحد الطرق السابقة، فإن صبرت لزم العقد ولم يكن لها بعد ذلك مرافعة ولا فسخ، لتضمن ذلك الرضى بالعيب، وهو أمر واحد لا تجدد فيه ولا تعدد، بخلاف المطالبة في الايلاء فإنها لا تسقط بالاسقاط لتجدد الحق في كل وقت.

وحكى الشيخ في المبسوط خلافاً في سقوط الخيار هنا، ثم قوّى السقوط محتجاً بعموم الاخبار[٣].

ويلزم من هذا أن تكون المرافعة على الفور كالفسخ، وإن لم تصبر فليس لها الفسخ في الحال اجماعاً، بل يجب أن ترفع الأمر الى الحاكم، فإذا رفعته إليه أجّله سنة من حين المرافعة اذا طلبت ذلك أو اقتصرت على المطالبة بحقها شرعاً، أما مع سكوتها فلا، إلّا اذا احتمل أن يكون سكوتها لدهشة أو جهل فلا بأس بتنبيهها.واطبق العلماء

---

(١) التحرير ٢:٢٩.

(٢) المبسوط ٤:٢٦٥.

(٣) المبسوط ٤:٢٦٥.

على كون الأجل سنة، معللين بأن تعذر الجماع قد يكون لعارض حرارة فيزول في الشتاء، أو برودة فيزول في الصيف، أو يبوسة فيزول في الربيع، أو رطوبة فيزول في الخريف.

ولاشبهة في أنه من حين المرافعة، فإذا مضت السنة مع عدم الاصابة علم انه خلقي.

وروى أبو البختري عن جعفر عن أبيه: «أن علياً عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنة من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص اليها وإلّا فرق بينهما، فإن رضيت أن تقيم ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار»[1].

وهذه الرواية وإن دلت على أن المعتبر اصابتها وعدمها، إلّا أن رواية غياث الضبي[2] دالة على اعتبار اصابتها، أو اصابة غيرها في عدم الفسخ، ويؤيدها أن العنن إنما يكون مع العجز المحقق لضعف في القوى أو القلب أو الكبد أو تخلل في نفس الآلة، وهذا لا يختلف باختلاف النسوة.

وأما العجز عن امرأة دون اخرى فإنه قد يتفق؛ لاحتباس الشهوة عنها بسبب نفرة منها أو حياء أو لاختصاص المقدور عليها بالانس بها أو وجود الميل اليها أو انتفاؤه عن غيرها. وكذا قد يتفق العجز عن المأتي والقدرة على غيره؛ لاعتياد خبيث، وفي جميع ذلك لايثبت الخيار عندنا.

ولو كان العجز عن الجماع لمرض لا يرجىٰ زواله فهو في معنى العنة، ومثله من جبّ بعض ذكره فشل الباقي.

ورواية أبي الصباح الكناني قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة

---

(١) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٩، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٤.

(٢) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٤، التهذيب ٧: ٤٣٠ حديث ١٧١٤، الاستبصار ٣: ٢٥٠ حديث ٨٦٩.

ولـو قيل بأن للمـرأة الفسـخ بالجذام في الرجل أمكن؛ لوجوب التحرز من الضرر فإنه عليه السلام قال: «فر من المجذوم فرارك من الأسد».

ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع ابداً اتفارقه ؟ قال: «نعم إن شاءت»[١] تتناول ذلك كله، ولو كان العذر لمرض مرجو الزوال فلا مرافعة ولا خيار.

تنبيه: لا فرق في التأجيل سنة بين كون العنة سابقة على العقد أو متجددة بعده، وخص ابن الجنيد التأجيل بالثاني[٢]، والأصحاب على خلافه[٣]، والنصوص عامة[٤].

قوله: (ولو قيل: بأن للمرأة الفسخ بالجذام في الرجل امكن؛ لوجوب التحرز من الضرر، فإنه قال عليه السلام: «فر من المجذوم فرارك من السبع»).

هنا مبحثان: الأول: المشهور بين الأصحاب أن الجذام والبرص من العيوب المختصة بالنساء، فلا تفسخ المرأة بوجودهما أو أحدهما في الزوج.

وذهب ابن البراج في المهذب الى اشتراكهما بين الرجل والمرأه ففي ايهما وجد احدهما فللآخر الفسخ[٥].

وظاهر كلام ابن الجنيد يقتضي ذلك[٦]، وهو ظاهر اختيار المصنف في المختلف، فإنه قال:وكلام ابن البراج حسن لا بأس به[٧].

---

(١) التهذيب ٤٣١:٧ حديث ١٧١٨، الاستبصار ٢٤٩:٣ حديث ٨٩٢.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٥٥.

(٣) منهم الصدوق في المقنع:١٠٥، والمفيد في المقنعة: ٨٠، والطوسي في النهاية:٤٨٦.

(٤) التهذيب ٤٣١:٧ حديث ١٧١٦ و ١٧١٨، الاستبصار ٢٤٩:٣ حديث ٨٩١ و ٨٩٣.

(٥) المهذب ٢٣١:٢

(٦) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٥٣.

(٧) المختلف: ٥٥٣.

احتج الاكثرون بأن الأصل في عقد النكاح اللزوم وثبوت الخيار مخالف للأصل، فيتوقف على الدليل، وهو منتف في محل النزاع، وبما سبق في رواية غياث الضبي من قوله عليه السلام: «والرجل لا يرد من عيب»، فإنه بعمومه يتناول محل النزاع.

واحتج الآخرون بقوله عليه السلام: «إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»[1]، فإنه عام في الرجل والمرأة إلّا ما اخرجه دليل، وبأنه يؤدي الى الضرر، إذ ذلك من الامراض المعدية باتفاق الاطباء، وقد روي أنه صلى الله عليه وآله قال: «فر من المجذوم فرارك من الأسد»[2]، فلابد من طريق التخلص.

ولا طريق إلّا الخيار، وبأنه قد ثبت بالنص[3] والاجماع كونها عيباً في المرأة ففي الرجل أولى، فإن العلة في ثبوت الفسخ هو لبشاعته وشدة النفرة بسببه النافية لشهوة الجماع، وتوقع الضرر العظيم به موجودة، ثم بوجه اقوى فإن الرجل يستطيع التخلص بالطلاق ولا طريق للمرأة إلّا الفسخ فتعيّن القول بثبوته.

ولا يخفى أن هذه الدلائل اقوى؛ لأن صحيحة الحلبي دليل ناقل عن حكم الأصل، وهي مرجحة على رواية غياث؛ لصحتها وشهرتها مع ما ضم اليها من المؤيدات، والقول الثاني لا يخلو من قوة.

الثاني: اذا قلنا بثبوت الخيار للمرأة بجذام الزوج وبرصه، وكان العيب سابقاً على العقد فلا بحث في الخيار به،وإن تجدد بعد الدخول فقضيته ما سبق في نظائره عدم الخيار.

وإن تجدد بعد العقد وقبل الدخول ففيه اشكال، ينشأ: من أن ثبوت الخيار هنا

---

(١) التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٠.

(٢) الفقيه ٣:٣٦٣ حديث ١٧٢٧.

(٣) الكافي ٥:٤٠٩ حديث ١٦، الفقيه ٣:٢٧٣ حديث ١٢٩٦، التهذيب ٧:٤٢٧ حديث ١٧٠٣، الاستبصار ٣:٢٤٧ حديث ٨٨٩.

ويثبت العيب باقرار صاحبه، أو شهادة عدلين عارفين.

وفي العيوب الباطنة للنساء شهادة أربع منهن مؤمنات.

على خلاف الأصل والمشهور، فينبغي أن يقتصر فيه على مالا تكثر معه المخالفة. ومن أن رواية الحلبي تتناول بعمومها هذا الفرد.

ولقائل أن يقول: إن رواية الحلبي دالة على حكم هذين العيبين بالنسبة الى كل من الرجل والمرأة، فيتعين كون الثبوت في حقهما على نهج واحد، وقد سبق أنه لا خيار للرجل بتجددها بعد العقد فتكون المرأة كذلك.

واعلم أن المصنف لم يتعرض في هذا الكتاب الى البرص، وإنما اقتصر على ذكر الجذام ولم يرجح فيه شيئاً، وإنما اورد الخيار فيه على طريق الاحتمال.

وفي المختلف رجّح الثبوت فيهما على ما حكيناه[1]، فإن كان اقتصاره على الجذام مصيراً الى أن البرص لا خيار فيه جزماً، والتردد إنما هو في الجذام، فهو في قوة القول الثالث للقولين، وكلامه محتمل.

قوله: (ويثبت العيب باقرار صاحبه، أو بشهادة عدلين عارفين، وفي العيوب الباطنة للنساء بشهادة أربع منهن مؤمنات).

قد عرفت فيما مضى أن العيب على قسمين: أحدهما ما يمكن اطلاع الغير عليه، والآخر ما لا يمكن كالعنة، وكلاهما يشتركان في الثبوت باقرار صاحب العيب، ومع انكاره فإنما يثبت الثاني بشهادة عدلين على اقرار صاحبه، أو اليمين المردودة، أو النكول على القول بالقضاء به.

أما الأول فإنه يثبت بشهادة عدلين طبيبين عارفين إن كان مثله يخفى على غير الطبيب، وإلّا كفت العدالة، وفي جانب المرأة تثبت في العيوب الباطنة للنساء

---

(١) المختلف: ٥٥٣.

ولوكان بكل منها عيب ثبت لكل منها الخيار، وفي الرتق الممتنع

وهي التي لا يطلع عليها الرجال، مضافاً الى ما ذكر بشهادة الأربع من النساء موصوفة بالعدالة والمعرفة بالطب، إلّا أن يكون العيب جلياً لا تتوقف معرفته على الطبيب فتكفي العدالة.

فإن قيل: لم اعتبر في الشاهدين مع العدالة المعرفة واقتصر في النساء على الاتصاف بالايمان؟.

قلنا: لعله لحظ في ذلك أن عيب الرجل اذا كان جلياً واضحاً يمكن اطلاع الحاكم عليه، فلا حاجة به الى الشاهدين لثبوته، وإنما يحتاج اليهما في موضع الخفاء فيعتبر معرفتهما بالطب لا محالة.

وأما المرأة فلكون الحاكم لا يطلع على بواطن احوالها، يحتاج الى شهادة اربع من النساء، ولا يشترط معرفتهن بالطب إلّا في موضع الخفاء، فلا يكون شرطاً في أصل الشهادة، فلذلك لم يعتد بها في أصل الشهادة؛ لانتفائه في بعض الاقسام، وكأنه احال في القسم الآخر على ما ذكره في الرجال لأنهما بمرتبة واحدة.

وأما العدول عن اشتراط العدالة في النساء الى الاكتفاء بالايمان فلا يظهر وجهه.

فرع: لو خفي العيب على النساء لجهلهن، وتوقف الأمر على اشراف عدول الرجال الأطباء على المرأة، ففي وجوب الالزام والاكتفاء بيمين المرأة على النفي تردد ينشأ: من توقف حق الرجل عليه،ومن أن فيه تعجيل هتك مع أن الأصل السلامة، وقد قال عليه السلام: «اليمين على من انكر»[1].

قوله: (ولو كان بكل منها عيب ثبت لكل منها الخيار، وفي الرتق

---

(١) الكافي ٧:٤١٥ حديث ١، الفقيه ٣:٢٠ حديث ١، التهذيب ٦:٢٢٩ حديث ٥٥٣.

الازالة مع الجب اشكال.

الممتنع من الازالة مع الجب اشكال).

لو وجد كل من الزوجين بالآخر عيباً من العيوب الموجبة للفسخ ثبت لكل منهما الخيار، فإن اختار أحدهما الامضاء كان للاخر الفسخ؛ لوجود المقتضي للفسخ بالنسبة الى كل منهما، واجتماع النقيضين لا يمنع من ترتب الأثر.

ولا فرق بين كون العيبين من جنسين أو من جنس واحد.

وحكى في المبسوط وجهين في الثاني، يوجه أحدهما بكونهما مع الاتحاد متكافئين فلا خيار، والآخر بعموم النص، وأن الانسان يعاف من غيره مالا يعاف من نفسه وقوّى الثاني[1]، وهو الأصح.

واطلق المصنف ثبوت الخيار إلّا في صورة واحدة، وهي الرتق الممتنع الازالة الذي يتعذر معه الوطء.

وفي معناه العفل مع الجب المستوعب وما في حكمه، فذكر فيه اشكالاً ينشأ: من أن كلّاً منهما سبب للخيار اذا انفرد فعند الاجتماع كذلك؛ لأصالة عدم كون الاجتماع مانعاً من ترتب الخيار على السبب. ومن أن الفسخ إنما يثبت بكل من العيبين المذكورين؛ لفوات مقصود النكاح وهو الاستمتاع، فجعل الفسخ وسيلة الى التخلص منه.

وهذا المعنى منتفٍ في المحل المفروض، فإن الفوات المذكور ثابت على كل من تقديري الفسخ وعدمه فيتمسك بأصالة لزوم النكاح، وليس بشيء؛ لأن المعنى المستنبط لا يخصص عموم النص[2]، فالأصح الثبوت من الجانبين.

---

(١) المبسوط ٤:٢٥١.

(٢) الكافي ٥:٤٠٦ حديث ٦، التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٠ .

ولـو طلّق قبـل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجـب بالطلاق، وكذا بعده، وليس له الفسخ، ولا بعد الرجعة مع العلم قبلها.

قوله: (ولو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق، وكذا بعده، وليس له الفسخ ولا بعد الرجعة مع العلم قبلها).

أي: لو طلق الزوجة ذات العيب قبل الدخول وهو لا يعلم بالعيب فقد بانت منه، فلو علم بالعيب بعد الطلاق لم يسقط ما وجب بالطلاق وهو نصف المهر؛ لأنه أوجد الفرقة بالطلاق مستنداً في ذلك الى اختياره، وهو مقتض لوجوب النصف والمسقط للجميع هو الفسخ قبل الدخول ولم يوجد.

وكـذا الحكم لو طلق بعد الدخول، فإن وجوب جميع المهر بحاله اذا ظهر العيب، وليس له الفسخ في هذه الحالة، سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً.

أما اذا كان بائناً فظاهر؛ لانقطاع علاقة النكاح فلا يعقل الفسخ.

وأما اذا كان رجعياً؛ فلأن الطلاق مزيل لقيد النكاح وقد حصل به مقصود الفسخ؛ لأنه آئل الى بينونة.

ولا وجه لثبوت الفسخ بعده، ولو رجع في هذه الحالة وقد علم بالعيب قبلها فلا فسـخ له؛ لأن رجوعه مع العلم بالعيب يقتضي الرضى به وذلك مانع من الفسخ، بخلاف ما لو لم يعلم بالعيب حتى رجع فإن له الفسخ به هنا لا محالة؛ لانتفاء المانع وإلى ما ذكرناه اشار بقوله: (وليس له الفسخ ولا بعد الرجعة) أي: ليس له الفسخ قبل الرجعة ولا بعد الرجعة الى اخره.

ولقائل أن يقول: ينبغي أن يكون له الفسخ في الطلاق الرجعي اذا لم يعلم بالعيب حتى يطلق مع بقاء العدة؛ لأن المطلقة الرجعية زوجة، فيندرج في النصوص الدالة على الفسخ بعيب الزوجة، ومن فوائده تعجيل البينونة، فتحل الخامسة واختها

وإذا فسخ أحدهما بعد الدخول وجبت العدة، ولا نفقة فيها إلّا مع الحمل، وعلى الزوج البينة لو أنكر الولي علمه بالعيب، فإن فقدها فله اليمين.

فإذا حلف رجع الزوج على المرأة؛ لأنها غرّت حيث لم تعلم الولي، فإن ادعت اعلامه حلف.

وينقطع الارث وتسقط نفقة العدة وغير ذلك.

قوله: (وإذا فسخ أحدهما بعد الدخول وجبت العدة، ولا نفقة فيها إلّا مع الحمل).

لا شك أنه اذا فسخ أحد الزوجين بعيب الآخر بعد الدخول تجب العدة للوطء المحترم، وهي عدة الطلاق على ما سيأتي بيانه إن شاء تعالى، ولا نفقة في هذه العدة قطعاً؛ لانتفاء المقتضي، فإنها بائنة، فإن الفسخ يزيل أثر النكاح.

هذا اذا كانت حائلاً، وأما اذا كانت حاملاً بني على أن نفقة الحامل في الطلاق البائن للحمل أو للمطلقة، فعلى القول بأنها للمطلقة لا نفقة هنا؛ لانتفاء المتعلق، وعلى القول بأنها للحمل يجب بحق القرابة والسكنى كالنفقة في ذلك.

وبه صرح المصنف في التحرير[1]، وجزم بالوجوب هنا، وهو يقتضي ترجيح وجوب النفقة للحمل؛ لأنه حق مبني عليه ولم يرجع في التحرير شيئاً، وسيأتي تحقيقه إن شاء تعالى.

قوله: (وعلى الزوج البينة لو انكر الولي علمه بالعيب، فإن فقدها فله اليمين، فإذا حلف رجع الزوج على المرأة؛ لأنها غرت حيث لم يعلم الولي، فإن ادعت اعلامه حلف).

---

(١) التحرير ٢: ٢٩.

قد ثبت أن للزوج الرجوع على الولي بالمهر اذا فسخ بالعيب وكان الولي عالماً بالحال، فبناء على هذا اذا ادعى الزوج عليه العلم بالعيب ليرجع عليه، فإن انكر كان على الزوج البينة لاثبات دعواه، فإنه مدع؛ لأن الأصل عدم العلم.

والأصل براءة ذمته، ومع فقدها فللزوج اليمين عليه، فإذا حلف انتفى علمه ظاهراً، وانتفى سبب الرجوع عليه وهو التدليس والحصر في جانبها، فتعين الرجوع عليها لتغريرها حيث لم تعلم الولي بحالها.

فإن ادعت اعلامه كان عليها البينة، ومع عدمها فعليه اليمين، ولا يكفي اليمين الأولى؛ لأن اثر اليمين لا يتعدي المتخاصمين، فلاتسقط بها دعوى أُخرى، وينبغي التنبيه لشيئين:

أحدهما: انا قد اسلفنا أن الولي إن كان ممن شأنه أن لايخفى عليه حالها لكونه محرماً والعيب مما لا يخفى فعليه الغرم، ولا يقبل منه اليمين، فإنه المدعي؛ لأن دعواه خلاف الظاهر.

وحينئذٍ فلا يتمسك بأصالة براءة الذمة؛ لوجود المقتضي لشغلها.وربما علل بأنه على تقدير عدم علمه مقصر بترك الاستعلام، وإن كان من شأنه أن يخفى عليه الحال، فإن الرجوع عليه إنما يكون مع علمه، فإن انكره فعليه اليمين مع عدم البينة.

هذا هو المستفاد من كلام المحققين منهم الشيخ في المبسوط[1]، والمصنف في التحرير[2]،وغيرهما[3]وتوجيهه ظاهر فإذا وضح هذا ونظر الى اطلاق كلام المصنف هنا بأن على الولي اليمين اذا انكر العلم بالعيب تبيّن كون هذا الاطلاق مستحقاً للتقييد.

الثاني: اذا حلف الولي للزوج على عدم العلم بالعيب لم يمتنع توجه دعوى

---

(١) المبسوط ٤:٢٥٢.

(٢) التحرير ٢:٢٩.

(٣) ابن البراج في المهذب ٢:٢٣٤.

ولو سوّغنا الفسخ بالمتخلل بين العقد والوطء فرضي ببرص سابق، ثم اتسع في ذلك العضو، فالأقرب ثبوت الخيار، ولو حصل في غيره ثبت الخيار قطعاً.

المرأة عليه الاعلام فيتوجه بها اليمين؛ لأنه ربما أقر بأنها اعلمته فيكون قد اكذب نفسه ويمينه التي حلفها للزوج فيغرم المهر حينئذ.

لكن لو اراد رد اليمين عليها، أو نكل بحيث يردها الحاكم فهل يستحلف ؟ يحتمل العدم لئلا يلزم ابطال الحكم بالحكم، ويحتمل أن يبنى ذلك على أن اليمين المردودة هل هي كالبينة أو كالاقرار، فإن قلنا كالبينة لم يستحلف؛ لأن البينة على الدعوى لاتسمع بعد يمين المنكر، وإن قلنا انها كالاقرار استحلف؛ لأن المنكر اذا حلف ثم اقر مكذباً نفسه أُخذ باقراره.

قوله: (ولو سوغنا الفسخ بالمتخلل بين العقد والوطء فرضي ببرص سابق، ثم اتسع في ذلك العضو، فالأقرب ثبوت الخيار، ولو حصل في غيره ثبت الخيار قطعاً).

إنما بني الفرض على القول بثبوت الفسخ بالعيب الحادث خلال المدة التي بين العقد والوطء؛ لامتناع القول بالخيار في الفرض إلاّ على ذلك التقدير.

وربما اوهم كلامه عدم وجود فرض يزداد فيه العيب، ويتصور ثبوت الخيار به من حيث انه احتاج إلى البناء على قول ضعيف، إذ لو وجد ما لا يحتاج الى ذلك لكان أولى بالذكر،وليس كذلك؛ لأن من علم ببرص قبل العقد ثم اتسع ولم يعلم بالزائد، ثم عقد من صور الحكم المذكور ولا حاجة فيه الى البناء.

اذا تقرر ذلك ففي ثبوت الخيار بسبب الزيادة وعدمه وجهان، اقربهما عند المصنف الثبوت؛ لأن الزائد عيب لم يحصل الرضى به فيوجب الخيار، بدليل انه لو انفرد لكان كافياً في ثبوته وليس ثم ما يتوهم مانعيته إلاّ ضميمة الى ما وقع الرضى به.

ويسقط حكم العنة بتغيّب الحشفة، ومقطوعها بقدرها، وبالوطء في الحيض والنفاس والاحرام.

وذلك غير صالح للمانعية؛ لأن المانعية حكم أو لازم الحكم فيتوقف على نص الشارع، وفيه قوة.

والثاني: العدم واختاره في التحرير[1]، لأن رضاه بالسابق رضى بما يحدث منه ويتولد عنه.ولأنهمع الزائد عيب واحد لاتحاد محله، بخلاف الحادث في محل آخر.و يضعف بمنع الرضى بما يحدث منه ومنع تأثير الاتحاد المذكور. ولو حدث ذلك العيب في محل آخر غير الأول الذي وقع الرضى به فقد قطع المصنف بثبوت الخيار؛ لانتفاء الرضى به، وعموم النصوص يقتضي الثبوت، واسنده الشيخ في المبسوط الى قوم ولم يصرح هو بالفتوى[2].

ولا ريب أن الثبوت هنا أرجح، ولو اختلف نوع العيب المتجدد والسابق فلا بحث في الثبوت.

قوله: (ويسقط حكم العنة بتغيب الحشفة ومقطوعها بقدرها، وبالوطء في الحيض والنفاس والاحرام).

يتعلق بتغيب الحشفة في الفرج أحكام كثيرة كالتحصين، والتحليل، ووجوب الحد، والكفارة في الصوم والاحرام، وفساد العبادة مثل الصلاة والصوم، ووجوب الغسل، ومنه حكم العنة.

والأصل في ذلك النص والاجماع، والمعنى فيه أن الحشفة هي الآلة الحساسة لتلك اللذة.

إذا تقرر ذلك فالذي يخرج به من ثبت عنته عن حكم العنة بحيث يسقط

---

(١) التحرير ٢: ٢٩.

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٣.

ولا فرق في لزوم العقد باختيار المقام معه في أثناء السنة أو بعدها، واذا علمت بعنته قبل العقد فلا خيار.

الخيار هنا هو تغييب الحشفة في الفرج بحيث يشمل الشفران وملتقاهما عليها، اما إذا انقلبت الشفران الى الباطن وكانت الحشفة تلاقي ما انعكس من البشرة الباطنة ففي اعتباره في ذلك ونظائره توقف ، هذا حكم سليم الحشفة، أما مقطوعها ففي حكمه وجهان:

أحدهما: الاكتفاء بتغييب قدرها؛ لأنها المرجع عند وجودها، فيصار الى قدرها عند فقدها.

والثاني: اعتبار تغييب الكل، فإنه ليس بعد الحشفة حد يرجع اليه، واختار الشيخ في المبسوط الأول[١]، وتردد المصنف في التحرير[٢].

ولو وطأها في الحيض أو النفاس أو الاحرام خرج عن حكم العنة؛ لحصول الوطء الحقيقي، ولا يقدح كونه محرماً،وكذا لو وطأ في الدبر عندنا.

قوله: (ولا فرق في لزوم العقد باختيار المقام معه في أثناء السنة وبعدها).

أما بعد السنة فلأنه محل الخيار، فإذا اختارت المقام سقط. وأما اختيارها ذلك في الأثناء فقد حكى الشيخ في المبسوط فيه خلافاً، ثم قوى السقوط[٣]، وهو المختار، ويدل عليه رواية ابي البختري التي ذكرناها فيما تقدم.

قوله: (واذا علمت بعيبه قبل العقد فلا خيار).

لأن اقدامها على النكاح في هذه الحالة يتضمن الرضى بالعيب، سواء العنة

---

(١) المبسوط ٤:٢٦٤.

(٢) التحرير ٢:٣٠.

(٣) المبسوط ٤:٢٦٤.

ولو وطأها وسقط عنه دعوى العنة، ثم بانت، ثم تزوجها فادعتها سمعت.

ولو تزوج بأربع وطلقهن فشهدن عليه بالعنة لم تسمع.

وهل يثبت للأولياء الخيار ؟ الوجه ذلك مع مصلحة المولى عليه، زوجاً

وغيرها عندنا، خلافاً للشافعي في أحد القولين[1]، ومثله ما لو علم بعيبها قبل العقد.

قوله: (ولو وطأها وسقط عنه دعوى العنة ثم بانت ثم تزوجها فادعتها سُمعت).

أي: لو وطأها بعد دعوى العنة وثبوتها، سواء كان قبل السنة أو فيها، سقط عنه دعوى العنة وانتفى الخيار كما سبق غير مرة.

وكذا بعد السنة، صرح به في التحرير[2]، فإذا بانت منه بفسخ منها أو منه، أو طلاق بائن، أو انتهى الى البينونة، ثم تزوجها بعقد جديد فادعت العنة، سمعت دعواها قطعاً؛ لأنه نكاح جديد ودعوى مستأنفة.

ومن الممكن أن تحدث له العنة، والوطء في نكاح سابق على النكاح الجديد لا يسقط حكم العنة فيه، فتجري عليها الأحكام المتقدمة.

قوله: (ولو تزوج بأربع وطلقهن فشهدن عليه بالعنة لم تسمع).

إنما لم تسمع شهادتهن وإن كن بصفات الشاهد؛ لأنا قد بيّنا أن المرأة قد تقطع بعنة الزوج، لأن شهادة النساء لا تسمع في عيوب الرجال.

قوله: (وهل للأولياء الخيار ؟ الوجه ذلك مع مصلحة المولى عليه زوجاً

---

(١) المغني لابن قدامة ٣:٢٠٣.

(٢) التحرير ٢:٢٩.

كان أو زوجة.

ولو اختار الامضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله في الفسخ.

كان أو زوجة، ولو اختار الامضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله في الفسخ).

هنا مسألتان:

الأولى: اذا كان بزوجة المولى عليه عيب من العيوب المجوزة لفسخ النكاح، أو بزوج المولى عليها كذلك، فهل للأولياء الخيار عنهما بالولاية ؟ فيه وجهان، الوجه منهما عند المصنف نعم؛ لأن الولي منصوب لاعتماد المصلحة في كل ما يتعلق بالمولى عليه، فإن الغرض من نصبه ذلك، حيث ان المولى عليه قاصر عن القيام بمصالح نفسه، فاقيم مقامه في ذلك حذراً من الاخلال.

واستثنى من ذلك الطلاق بالنص، فيكون محل النزاع داخلاً، حيث انه لا دليل على استثنائه.

والثاني: العدم؛ لأن مدار بقاء النكاح وفسخه على الشهوة، والولي لا يطلع على ما يشتهيه المولى عليه؛ لأن ذلك من الأمور النفسانية، فالحاصل أن مناط المصلحة هنا أمر خفي على الولي، فلذلك لا يثبت له الخيار كما سبق في عتق الأمة.

ولا فرق في ذلك بين كون العيب موجوداً حين العقد، وبين تجدده بعده حيث يوجب الخيار.

ويمكن الفرق بين الحادث وغيره، فيحكم بأن الحادث لا خيار للمولى بسببه؛ لتجدده بعد انعقاد العقد، ولزومه فلا يتسلط على الفسخ؛ لأن مناطه شهوة المولى عليه، بخلاف السابق على العقد، فإن انشاء العقد في هذه الحالة مشروط بالمصلحة، والفرض أنه لم يكن عالماً بالعيب، وكما أن انشاء العقد من الولي منوط بالمصلحة فكذا بقاؤه منه منوط بها.

الفصل الثالث: في التدليس : ويتحقق باخبار الزوجة، أو وليها أو

وهذا هو المراد من ثبوت الخيار، وليس هذا الوجه بعيداً من الصواب.

وهذا على القول الأصح لاصحابنا من أن الولاية في النكاح إنما تثبت على طريق الاجبار، أما على القول بثبوتها على طريق التشريك بين المرأة والولي اذا كانت بكراً بالغة رشيدة فقد فرق بوجه آخر، وهو أن الولي إنما يكون له اعتراض في مثل ذلك في ابتداء العقد دون الدوام، نظراً الى أنها لو رغبت في نكاح عبد كان لوليها المنع ولو عتقت أمة تحت عبد ورضيت بالمقام معه لم يكن لوليها الاعتراض.

وعلى هذا فيكون نظر الولي في العقد مع أحد العيوب بعد وقوعه اذا تجدد علمه به كنظره في حال ايقاعه فيعتمد المصلحة، والحجة على ذلك ثبوت هذا النظر قبل العقد فيستصحب، وعلى هذا فكل من اختار الفسخ منه ومنها قدّم اختياره.

واعلم أن في كلام الشارح الفاضل هنا مناقشة يجب التنبه لها، فإنه في الفرق اطلق أن المرأة البكر لو رغبت في نكاح عبد كان للأولياء المنع على القول بأن عليها ولاية، وقيّد الحكم بنفي تسلط وليها على الفسخ اذا أُعتقت تحت عبد ورضيت بالمقام معه بها اذا تجدد جنونها بعد الرضى.

وهذا القيد غير محتاج إليه وإنما ارتكبه ظناً منه الاحتياج اليه، وإنما قلنا انه غير محتاج اليه؛ لأنها اذا تجدد عتقها بعد العقد وقبل زوال البكارة فالولاية باقية، وإن لم يعرض جنون الثاني على القول بثبوت الخيار اذا اختار الولي الفسخ نفذ، وإن اختار الامضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله، كما لو زوّج أحد الصغيرين بمن به عيب مع المصلحة فإن له الخيار بعد البلوغ، وقد حققناه في أول كتاب النكاح.

قوله: (الفصل الثالث :في التدليس، ويتحقق باخبار الزوجة أو وليها،

ولي الزوج، أو السفير بينها على اشكال بالصحة، أو الكمالية عقيب الاستعلام، أو بدونه. وهل يتحقق لو زوجت نفسها، أو زوجها الولي مطلقاً؟ اشكال. ولا يتحقق بالاخبار لا للتزويج، أو له لغير الزوج،

أو ولي الـزوج أو السفير بينهما، على اشكال بالصحة أو الكمالية عقيب الاستعـلام أو بدونـه، وهـل يتحقق لو زوجت نفسها أو زوجها مطلقاً؟ اشكال،ولا يتحقق بالاخبار لا للتزويج ولا لغيره).

قد عنون الفصل الجامع لهذه المسائل في كلام المصنف وكلام غيره بالتدليس وما قبله بالعيوب، مع أن احكام التدليس غير مقصورة على مسائل هذا الفصل، بل هي ثابتة مع العيوب.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

وكان المناسبة لذلك هي أن الرد في هذه المسائل لا يثبت إلّا بسبب اشتراط صفة كمال هي غير موجودة، فلم يكن للخيار منشأ إلّا التدليس ، بخلاف الخيار في العيب فإن منشأه وجود العيب فقط.

وقد ضبط المصنف التدليس بضابط هو أعم من تدليس هذا الفصل، فكأنه حاول بذلك شموله للتدليس هنا وفي العيوب، وفيه اشكالات سنذكرها فيما بعد إن شاء الله تعالى، فهنا مباحث:

الأول: يتحقق التـدليس على ما ذكره رحمه الله في طرف الزوجة باخبارها بصحتهـا فيظهـر الخلاف، أو بكماليتها بصفة من صفات الكمال كالحرية والبكارة فيظهر العدم، سواء كان هذا الاخبار عقيب الاستعلام أو بدونه.

وكـذا يتحقق باخبـار ولي الزوجة بذلك، وفي طرف الزوج باخباره كذلك وباخبار وليه، وأشار بقوله: (بالصحة) إلى التدليس في العيوب، وبقوله:(أو الكمالية) الى التدليس هنا.

وهـل يتحقق التـدليس بالاخبـار من السفـير ـ وهو الواسطة بين الزوج

. . . .

والزوجة،وهو فعيل من السفارة وهي الرسالة ـ ؟ فيه اشكال عند المصنف ينشأ: من أن الأجنبي لا تعلق له بالنكاح فإنه ليس أحد الزوجين ولا قائماً مقامه، وإنما هو أجنبي كذّب في اخباره، والتفريط ممن قبل قوله، ومن حصول التغرير بقوله، وهو المراد من التدليس .

الثـاني: هل يتحقق التدليس لو زوّجت نفسها مطلقاً، يعني من غير اخبار بالصحة في ذات العيب وبالكمالية في ذات النقص، أو زوجها وليها مطلقاً ؟ فيه اشكال ينشأ: من أنه لما لم يحصل الاخبار من أحد الزوجين ولا من وليه، ولا من السفير بالصحة ولا الكمالية لم يحصل التغرير فانتفى التدليس؛ لأنه بمعناه.ومن أن تركه للإخبار بالعيب أو بالنقص مع بناء الزوج، على أن الأصل السلامة وعدم النقص، يجري مجرى الاخبار بالصحة والكمالية في التغرير، وهذا هو المراد من التدليس.

الثالث: لا يتحقق التدليس بالاخبار بالصحة أو الكمالية إلاّ للزوج حيث لم يكن مطابقاً؛ لأن العادة جارية بالتسامح في ذلك، ولأن الاغراض متعلقة بستر العيب تعلقاً قوياً فلا يتحقق التغرير بذلك، وإنما التقصير من الزوج بتعويله على ذلك.

ومثله، لو كان الاخبار للتزويج لكن لغير الزوج، إذ لا يتحقق التدليس على الزوج بالاخبار لغيره.

هذا حاصل ما ذكره المصنف في الضابط، والكلام عليه من وجوه:

أحدها: أن هذا الضابط غير صحيح؛ لأن مجرد الاخبار لايعد تدليساً، لا في العيب ولا في نقص صفة من صفات الكمال.

أما العيب؛ فلأن المفهوم من كلام الفقهاء والنصوص عن أئمة الهدى عليهم السلام أن التدليس فيه يتحقق بالعقد على ذات العيب مع العلم به وعدم الاعلام، مثل قول الشيخ في المبسوط: إن الولي اذا زوجها فلا يخلو من أن يكون ممن لا يخفى عليه حالها فالرجوع عليه، أو يكون ممن يخفى عليه ذلك، فإن صدقته المرأة إنه لايعلم

. . . .

فالرجوع عليها، وإن كذبته فالقول قوله بيمينه والرجوع عليها دونه[١]. فإن مقتضاه كون الرجوع وعدمه دائراً مع علمه وعدمه وكلام ابن الجنيد نحو هذا[٢].

ومحصل كلام المصنف في التحرير أن الغار إن كان ممن يجوز له النظر إلى وليته كالأب رجع عليه مع علمه بالعيب لتغريره، ومع عدمه لتفريطه بترك الاستعلام. وإن لم يجز له النظر كابن العم والاجنبي، فإن علم بالعيب رجع عليه، وإن لم يعلم كان الرجوع على المرأة[٣].

والنصوص مثل قوله عليه السلام في رواية أبي عبيدة: «ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها، فإن لم يكن له علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه وترد الى اهلها»[٤] فإن مقتضاه كون مناط التدليس عدم علمه.

وكذا قوله عليه السلام في رواية رفاعة بن موسى: «وان المهر على الذي زوجها، وإنما صار المهر عليه؛ لأنه دلسها. ولو أن رجلاً تزوج امرأة أو زوجها رجلاً لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها»[٥] فإن ظاهرها أن التدليس ينتفي بانتفاء العلم، ويثبت بثبوته للذي زوجها، فاعتبار أمر زائد وهو وصفه اياها بالصحة خلاف ما دل عليه النص.

وهذه الأخيرة شاملة للأجنبي اذا كان له وصف التزويج والعلم بالعيب والأولى وإن تضمنت ذكر الولي إلّا أنه لايراد به من له الولاية؛ لأن فيها: «اذا دلست العفلاء الى آخره» والمدلسة شرعاً لا تكون إلّا بالغة رشيدة؛ لأن فعل غير البالغ لا

---

(١) المبسوط ٤:٢٥٢.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٥٧.

(٣) التحرير ٢:٢٩.

(٤) الكافي ٥:٤٠٨ حديث ١٤، التهذيب ٧:٤٢٥ حديث ١٦٩٩، الاستبصار ٣:٢٤٧ حديث ٨٨٥.

(٥) الكافي ٥:٤٠٧ حديث ٩، التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣:٢٤٥ حديث ٨٧٨.

. . . .

يعتد به، فينبغي أن يراد به من يلي أمرها فيعم الأجنبي.

وأما نقص الصفة فلا يكفي في التدليس الموجب للفسخ والرجوع بالمهر الوصف بالكمالية، بل لابد من اشتراطه في العقد على ما سيأتي من كلام المصنف في كونها بنت مهيرة فتظهر بنت أمة، وكونها بكراً فتظهر ثيباً، وكونها من قبيلة فتظهر من غيرها، ولا يستثنى من ذلك إلاّ وصف الحرية، فإذا زوجها على أنها حرة فبانت أمة لم يتوقف استحقاق الرجوع بالمهر على اشتراط الحرية.

بل يكفي الوصف بذلك فيظهر خلافه فيرجع بالمهر على الواصف، سواء كان هو الولي أو الشاهدين لها بالحرية أو هي. وكأن مدار الرجوع مع التدليس على فساد النكاح بالرقية حيث لم يرض المولى أو فسخ الزوج لأجلها إن رضي، أو لفوات الشرط من بكارة ونحوها.

ولهذا لو حصل الرضى بالنكاح لم يكن له الرجوع قطعاً؛ لسلامة العوض في مقابل المهر فلم يكن ثم تخيير يقتضي الرجوع.

وثانيها: أن السفير في كلام المصنف إما أن يريد به الأجنبي المتولي للعقد بين الزوجين، أو الأجنبي الذي كان سفيراً بينها والمتولي للعقد غيره، فإن أراد به الأول لم يكن للاشكال وجه؛ لأن النص وكلام الأصحاب صريحان في أن العاقد على ذات العيب يغرم مهرها إلاّ اذا لم يكن عالماً بحالها فالغرم عليها، وإن أراد به الثاني فالغرم على العاقد لا عليه.

نعم يجيء الاشكال في مثل ما اذا كان العاقد بعيداً عن العلم باحوال الزوجة والواسطة عالماً باحوالها، فإنه حينئذٍ غار فيغرم، وظاهر النص ينفي عنه الغرم؛ لتعلقه بالمنكح.

ومثله ما لو أخبر السفير الولي بأنه اعلم الزوج بالعيب مثلاً وكان كاذباً، فإن الاشكال في تغريمه من حيث انه غار، ومن حيث ان الولي مفرط في الركون إلى

. . . .

خبره، هذا حكم العيب.

وأما حكم النقص فإن الغرم على من وصف المرأة بالحرية فظهرت أمة وعلى من شرط البكارة فظهر ضدها، ولا تفاوت بين كونه ولياً أو أجنبياً.

وثالثها: الاشكال الذي ذكره فيما لو زوجت نفسها أو زوجها غيرها مطلقاً، وظهرت ذات عيب غير موجّه؛ لأن النص وكلام الأصحاب صريحان في أن العقد على ذات العيب موجب للغرم، فأي وجه للاشكال حينئذٍ من كونه تدليساً.

أما اذا ظهرت ناقصة صفة من صفات الكمال غير الحرية فلا يتحقق عند المصنف[1] وجمع من الاصحاب[2] بذلك تدليس، فلا وجه للاشكال حينئذٍ.

وكذا الحرية عنده اذا تزوجها بشرط الحرية فبانت أمة، أو لم يشترطها في العقد لكنه تزوجها على ذلك فظهر الخلاف، وسيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى.

فإن قيل: الاشكال المذكور اشارة إلى الخلاف بين الأصحاب.

قلنا: القول الضعيف كيف يستقيم جعله وجهاً للاشكال.

واعلم أن قول المصنف: (ولا يتحقق بالاخبار له لغير الزوج) ينبغي أن يريد بالغير مَن عدا وكيل الزوج؛ لأن وكيل الزوج بمنزلة الزوج لا سيما اذا عقد النكاح معه.

وينبغي أن يريد به غير السفير بينهما أيضاً؛ لأن الغرور ينشأ عن اخبار السفير؛ لأن اخباره يستند إليه في العادات المستمرة.

وقد سبق في أول الضابط فيه اشكال، إلّا أن يقال: المراد بالسفير العاقد الذي ليس بولي، وكيف قدرنا فكلامه في هذا الضابط غير مستقيم.

---

(١) المختلف: ٥٥٣.

(٢) منهم الشيخ الطوسي في النهاية: ٤٨٦ . وابن ادريس في السرائر: ٣٠٩، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٥٨.

فلو شرط الحرية فظهرت أمة فله الفسخ وإن دخل، فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء، وبعده المسمى للمولى، وقيل: العشر أو نصفه.

ويرجع بها غرمه على المدلس، فإن كان هي تبعت بعد العتق.

ولو كان قد دفعه إليها استعاد ما وجده وتبعها بما بقي.

ولو كان مولاها، فإن تلفظ بما يقتضي العتق حكم عليه بحريتها وصح العقد وكان المهر للأمة، وإلاّ فهي على الرق، ولا شيء له ولا لها على الزوج اذا فسخ.

وإن كان بعد الدخول، فالأقرب وجوب أقل ما يصح أن يكون مهراً للمولى.

ولو كان قد دفعه اليها وتلف، احتمل تضمين السيد؛ لغروره وضعف المباشرة والرجوع في كسبها، والتبعية بعد العتق.

قوله: (فلو شرط الحرية فظهرت أمة فله الفسخ وإن دخل، فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء، وبعده المسمّى للمولى، وقيل: العشر أو نصفه ويرجع بها غرمه على المدلس، فإن كانت هي تُبعت بعد العتق ولو كان قد دفعه اليها استعاد ما وجده وتبعها بما بقي، ولو كان مولاها فإن تلفظ بما يقتضي العتق حكم عليه بحريتها وصح العقد وكان المهر للأمة، وإلاّ فهي على الرق ولا شيء له ولا لها على الزوج اذا فسخ، وإن كان بعد الدخول فالأقرب وجوب أقل ما يصلح أن يكون مهراً للمولى. ولو كان قد دفعه اليها وتلف أحتمل تضمين السيد لغروره، وضعف المباشر والرجوع في كسبها والتبعية بعد العتق).

هنا مسائل:

. . . .

الأولى: متى شرط العاقد حرية الزوجة فظهرت أمة فله فسخ النكاح قطعاً؛ لأن ذلك فائدة الشرط فإنه يقلب العقد اللازم جائزاً، سواء دخل أم لا، فإن الدخول لا يسقط الخيار كما سبق في العيوب.

ثم إن كان العقد باذن المولى، أو من يقوم مقامه كوليه إن كان محجوراً عليه، أو وكيله إن لم يكن وكان العاقد ممن يجوز له نكاح الأمة فالعقد صحيح،غاية ما فيه أنه متزلزل للزوج فسخه.

ولا فرق في ذلك بين أن يتولى العقد المولى أو من اذن له وان كانت الأمة؛ لأنه عقد صدر من اهله في محله، وليس فيه إلا انتفاء الشرط وهو الحرية.

وذلك لا يقتضي الفساد، بل يتسلط على الفسخ وإن كان بغير اذنه، سواء باشرت العقد الأمة أو أجنبي، ففي وقوعه فاسداً أو موقوفاً على اجازته قولان تقدما في نكاح المماليك اصحهما الثاني، ولو كان العاقد ممن لا يجوز له نكاح الأمة كان العقد باطلاً لا محالة.

الثانية: اذا رضي الزوج بالعقد والسيد أيضاً حيث لم يأذن فلا بحث وإن فسخ فإن كان قبل الدخول فلا شيء كما سبق في العيوب، وإن كان بعده وجب المسمّى مع كون العقد صحيحاً.

وذلك حيث يأذن السيد، فإن لم يأذن ففي وجوب المسمّى أو مهر المثل أو العشر إن كانت بكراً أو نصف العشر إن كانت ثيباً أقوال، بشرط أن لا تكون عالمة بالتحريم على أصح القولين، ويلزم أرش البكارة مطلقاً لو كانت بكراً، وقد تقدّم الكلام على ذلك كله مستوفى فلا حاجة الى اعادته.

الثالثة: إذا فسخ بعد الدخول فلا كلام في وجوب المهر للمولى، ثم يرجع به على المدلس وإن كانت هي تبعها بعد العتق؛ لأن الرجوع عليها في الرق رجوع على السيد في الحقيقة، وهو باطل. ولو كان قد دفعه اليها استعاده؛ لأنه باق على ملكه؛

لأن قبضها إياه قبض فاسد بغير حق، وإن تلف شيء منه أخذ ما وجد منه وتبعها بالباقي كما في تلف الجميع سواء.

ولو كان المدلس هو المولى، فإن تلفظ بما يقتضي العتق مثل قوله: هي حرة انشاءً أو اقراراً حكم عليه بحريتها؛ اعمالاً للسبب بحسب مقتضاه، وحينئذٍ فيكون العقد لازماً، وهو الذي أراده المصنف بقوله: (صح العقد) فإنه في مقابل جواز الفسخ، ويكون المهر للزوجة دون السيد؛ لانتفاء سلطنته عنها.

ويعتبر لصحة النكاح حينئذٍ اذنها سابقاً أو اجازتها لاحقاً، وإن لم يتلفظ بما يقتضي العتق فهي على الرق، ويتصور ذلك بمثل أن يقدّم الزوج القبول فيتزوجها بكذا بشرط كونها حرة فيأتي السيد بالايجاب.

وكذا ينبغي أن يكون عكسه، فإن لفظ الاشتراط لا يقتضي العتق انشاءً ولا اقراراً، وجعله في المبسوط موجباً للعتق[1]. وللنظر فيه مجال، وحينئذٍ فلا شيء للسيد ولا لها اذا فسخ الزوج وإن كان بعد الدخول، أما هي فظاهر؛لأن المملوكة لا تستحق من مهرها شيئاً.

وأما السيد؛ فلأنه وإن استحق المهر بالدخول إلّا أن للزوج الرجوع عليه به؛ لتغريره إياه وتدليسه، ولا وجه لدفعه إليه ثم ارتجاعه منه، وهل يستثنى للسيد وجوب اقل ما يصلح أن يجعل مهراً، وهو أقل ما يتمول على ما سبق، وعلى قول ابن الجنيد[2] أقل ما يكون مهر امثالها ؟ فيه قولان، أقربهما عند المصنف وجوب ذلك؛ لأن الوطء المحترم في غير اباحة المملوكة يمتنع خلوه عن العوض.

وقيل: لايجب شيء؛ للأصل، وهوضعيف،وإنما كان هذا للسيد دونها؛ لأن منافع

---

(١) المبسوط ٤:٢٥٤.

(٢) المختلف: ٥٥٧.

البضع حق له خاصة، ولو كان قد دفع المهر اليها في حال تدليس المولى إياها حيث لم يتلفظ بما يقتضي العتق، بناء على حريتها التي توهمها بالشرط، فإن كانت عينه باقية فظاهر.

وإن تلف في يدها ففي حكمه احتمالات ثلاثة:

احدها: الرجوع على المولى: إما بكله، أو بما عدا اقل ما يصلح أن يكون مهراً على اختلاف القولين؛ لأن يدها وإن كانت يد ضمان، لأن الأعواض المقبوضة من مهر وغيره مضمونة على القابض لها بهذا الوجه، والزوج هو المباشر لدفع المهر اليها، فهو كالمتلف بدفعه إلى من لايجوز الرجوع عليه في الحال، إلّا أن الدفع بتغرير المولى فيضعف المباشر ويكون السبب أقوى.

كما اذا قدم إلى غيره طعام ذلك الغير، فأكله فإن اتلافه طعام نفسه في هذه الحالة لا يمنع الرجوع عليه.

وثانيها: أن يضمن المهر في كسبها إن كانت مكتسبة.

ومقتضاه أن يؤمر بالاكتساب وتلزم[1] به ووجهه أنها مباشرة للاتلاف ولا مال لها والسيد غار، والأصل براءة ذمته، فبملاحظة المباشرة والغرور يؤخذ من كسبها اعمالاً للمقتضيين، فإن لم تكن كاسبة أمكن ايجابه على السيد؛ للغرور، وعليها بعد العتق؛ للمباشرة.

والثالث: أن يتبع به اذا اعتقت؛ لأن يدها يد ضمان، وعلى اليد ما اخذت حتى تؤدي، ولا مال لها إلّا بعد عتقها، لأن كسبها للسيد، ولا يلزم من اشتراط السيد حريتها اذنه في اقباضها المهر وإنما ذلك بفعل الزوج، ولو اذن لها في القبض فلا بحث في تعلق الضمان به، وفي الوجه الأول قوة؛ لأن اشتراط السيد حريتها يقتضي

(١) في (ض): ويؤمر.

ولو لم يشترط الحرية بل تزوجها على أنها حرة فخرجت أمة،

استحقاقها المهر ووجوب تسليمها إياه، فيكون ذلك ناشئاً عنه.

وبقي قسم ثالث وهو ما اذا كان المدلس اجنبياً غيرها وغير المولى، لم يذكر المصنف حكمه وكأنه تركه لظهوره، إذ لا بحث في الرجوع عليه بجميع المهر المستحق للمولى، ولو دفعه اليها في هذه الحالة فتلف في يدها، فإن حكمنا بالتبعية لها فيما سبق اذا اعتقت غرم مهراً آخر للسيد ورجع به على المدلس، وإن حكمنا بالرجوع على السيد هناك رجع على المدلس هنا بكل من المهرين.

اذا عرفت ذلك فارجع إلى عبارة الكتاب واعلم أن قوله: (وإن دخل) وصلي لما قبله، وقوله: (وإن فسخ) كلام مستأنف.

وقوله: (وبعده المسمّى للمولى) صحيح إذا كان العقد باذن المولى سابقاً أو لاحقاً، أما اذا كان بغير اذنه فإن وجوب المسمّى[1] غير ظاهر لفساد النكاح، والمصنف جرى على ما اختاره في أول باب نكاح المماليك، وقد بينا ما فيه.

وقوله: (ويرجع بما غرمه) ظاهره يتناول الرجوع بجميع المهر، وقد سبق قبل العيوب في كلامه اشكال في الرجوع بما زاد على مهر المثل وهو آت هنا، وكذا يشمل الرجوع بالنفقة فإنها من جملة ما غرمه، وذلك مع فساد النكاح ظاهر، أما مع صحته فمحتمل.

وأما قيمة الولد فيرجع بها لا محالة؛ لأن لزومها محض تخسير، لأن الزوج لم يدخل في العقد على ضمانها؛ لأن العقد على الحرة يقتضي عدم العوض عن الولد.

قوله: (ولو لم يشترط الحرية بل تزوجها على انها حرة فخرجت أمة

(١) في (ض): المهر.

فكما تقدم.

ولو تزوج لاعلى أنها حرة ولا شرطها فلا خيار.

فكما تقدّم، ولو تزوج لا على أنها حرة ولا شرطها فلا خيار).

هنا مسألتان:

الأُولى: اذا تزوج امرأة على أنها حرة ولم يشترط ذلك في العقد، فحكمها حكم من شرط حريتها في العقد صرح بذلك المصنف في هذا الكتاب.

وذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه إن اشترط الحرية في العقد ثبت الخيار؛ لظهور الرقية، وإلاّ كان النكاح ماضياً[١]، وكلام باقي الأصحاب محتمل؛ لأن عبارة الأكثر إذا تزوجها على أنها حرة.

وظاهر هذه العبارة لا يمتنع أن يراد به الاشتراط في العقد لكنه مع ذلك محتمل بجريان العقد عليه قبله، وارادته من غير أن يتعرض إليه في العقد، وكذا عبارة المصنف في التحرير[٢]،وعندي في ذلك تردد.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه يتحقق من تزوجها على ذلك بأن يقول المتولي للنكاح في معرض الترغيب فيه للزوج: فلانة حرة فتزوجها، ونحو ذلك، ثم يترتب عليه تزويجها، بخلاف ما لو أخبر بذلك لا للتزويج فاتفق تزويج السامع بها، أو اخبر به للتزويج لكن لغير الزوج على ما ذكره المصنف في الضابط سابقاً.

ويلوح من اطلاق عبارة المصنف أنه لا دخل لاتصال العقد بهذا القول وانفصاله عنه في ثبوت التدليس وعدمه، وهو متجه بل ينبغي أن يكون المعتبر كون ذلك له دخل في حصول النكاح.

وظاهر قول المصنف: (فكما تقدم) ثبوت خيار الفسخ مع صحة النكاح

---

(١) المبسوط ٤:٢٥٤.

(٢) التحرير ٢:٣٠.

بالشروط المتقدمة، ووجوب المهر بالدخول المسمّى مع الصحة، ومهر المثل مع الفساد والرجوع بالمهر على المدلس على حد ما سبق.

الثانية: إذا تزوجها لا على أنها حرة، كما ذكره في البحث السابق، ولا يشترط الحرية في العقد على ما ذكره في البحث الذي قبله، وكان ممن يجوز له نكاح الأمة، فالنكاح صحيح ولا خيار له؛ لانتفاء المقتضي. وإنما يستقيم ذلك اذا كان التزويج باذن المولى ليكون العقد صحيحاً، فإن كان بغير اذنه ولم يرض وحصل الدخول فالمناسب أن له الرجوع بالمهر على من زوجه بها مع علمه بحالها؛ لأنه إنما دخل على أن النكاح صحيح مستمر وأن المهر في مقابل ملك منافع البضع وقد فات ذلك،وحيث انه لم يعلمه بالحال وأوقعه في نكاح فاسد يوجب المهر فعليه المهر للغرور، ولم أجد بذلك تصريحاً بكلام من الأصحاب. ولا يخفى أن وجوب المهر مشروط بعدم علمها بالتحريم كما سبق غير مرة.

ولو كانت هي المتولية لذلك، أو الباعثة عليه لمن يجهل حالها، فليس ببعيد أن يكون الرجوع عليها إذا اعتقت إلاّ باقل ما يكون مهراً.

ولو كان التزويج باذن السيد في الفرض المذكور لكن الزوج ممن لا يحل له نكاح الأمة، ففي ثبوت الغرور تردد ينشأ: من أن تزويجه بأمة من غير أن يُعلمه بحالها، وإن لم يعلم انه ممن يحل له نكاح الأمة، ايقاع له في الغرم. ومن أن ذلك مستند الى تقصيره بترك السؤال عن حال الزوجة وأنه يجوز له نكاحها.

وليس هذا من الأُمور الظاهرة التي يعلمها عامة الناس ليكون التقصير من الزوج، كما لو زوجه امرأة فظهر كونها محرماً له وهو لايعلم.

واعلم أن المصنف ذكر في الضابط فيما اذا زوجت نفسها أو زوجها غيرها مطلقاً ثم ظهرت ناقصة اشكالاً في كون ذلك تدليساً يوجب الخيار، وجزم بانتفاء الخيار في هذه الصورة هنا، وهو رجوع عن الاشكال إلى الجزم.

ويثبت الخيار مع رقية بعضها، ويرجع بنصيبه من المهر خاصة، فإن كانت هي المدلسة رجع بنصيبه معجلاً وتبعت بالباقي مع عتقها أجمع.

قوله: (ويثبت الخيار مع رقية بعضها خاصة، فإن كانت هي المدلسة رجع بنصفه معجلاً وتبعت بالباقي مع عتقها اجمع).

كما يكون التدليس للأمة المحضة وتترتب عليه الأحكام السابقة،كذا يكون التدليس للتي بعضها حر وبعضها رقيق، وتترتب عليه أحكامه، فلو تزوج المبعضة بشرط كونها حرة، أو لم يشترط الحرية في العقد لكن تزوجها على ذلك، ثبت الخيار لا محالة، كما في الأمة المحضة على ما ذكره المصنف، لكنه هنا إنما يرجع بنصيب الرقية من المهر، فلو كان نصفها حراً رجع بنصف المهر خاصة؛ لأن النصف الحر لم يقع فيه تدليس لصدق الخبر بالنسبة اليه، فإن الاخبار بحريتها متضمن حرية ذلك النصف فلا ترجع بنصيبه من المهر.

وهكذا حكم ما غرمه من النفقة وقيمة الولد، فإن كان المدلس أجنبياً رجع عليه به،وإن كانت هي رجع عليها بنصف نصيب الرقية معجلاً باعتبار نصفها الحر، ويبقى النصف الآخر تتبع به اذا اعتق باقيها.

وذلك لأن الرجوع عليها به ـ وهو نصف المهر في هذه الصورة ـ يجب توزيعه على ما فيها من الحرية والرقية؛ لأن الاتلاف بالتدليس مستند الى مجموعها، فيوفر على كل منها مقتضاه، ولو كان ما فيها من الرقية زائداً على النصف أو ناقصاً عنه فنصيبه من المهر بحسبه.

ومما ذكرناه يعلم أن الضمير في قوله: (بنصيبه) يعود الى الرق المدلول عليه بما قبل وأن الضمير في قوله: (بنصفه) يعود الى النصيب أعني نصيب الرق، واعادته إلى المهر غلط ظاهر؛ لمنافاة ذلك قوله: (ويرجع بنصيبه من المهر خاصة).

ولا يخفى أنه إنما يرجع عليها بنصف الرقية معجلاً ويتبعها بنصفه الآخر اذا

ولـو تزوجتـه على أنه حر فبان عبداً، فلها الفسخ وإن كان بعد الدخول، ولها المهر بعده لا قبله، وكذا لو شرطت الحرية.

ولو ظهر بعضه مملوكاً فكذلك، ولو ظهر بعضه معتقاً فلا خيار.

كان نصفها حرّاً والنصف الآخر رقاً، حتى لو كان ثلثاها حراً رجع عليها معجلاً بثلثي نصيب الرقية من المهر ويتبعها بالثلث الآخر.

وإنما اطلق المصنف الرجوع بنصف النصيب معجلاً ولم يجر في كلامه ذكر كون بعضهـا الرق هو النصف اعتماداً على ظهوره، حيث ان البعض المذكور في كلامه يشمله، وإنما اقتصر على بيان حكم ما اذا كانت هي المدلسة، لما فيه من الخفاء باعتبار كون بعض المرجوع به معجلاً وبعضه ينتظر به عتق باقيها.

فأمـا اذا كان المدلس غيرها فإن حكمه معلوم مما سبق، والمهر المذكور هو المسمّى إن كان النكاح يرضى به المولى وإلاّ فمهر المثل.

ولقائل أن يقول: إن الذي ينساق إليه النظر هنا هو الرجوع بمجموع المهر وذلك؛ لأن التدليس المذكور افضى الى فسخ النكاح المقتضي لفوات المعوض جميعه، والعوض إنما يدل في مقابله فتستحق الرجوع بجميعه كما لو كانت رقيقة.

وظاهر قوله عليه السلام: «المغرور يرجع على من غره» يقتضي ذلك، وايضاً فإن المقصود والمفهوم من حريتها حرية جميعها؛ لأن ذلك هو المطلوب في النكاح، فيكون رق بعضها موجباً لكذب الخبر فلا يتم ما أراده. وعلى هذا يجب أن يستثنى لها اقل ما يصلح جعله مهراً لأجل الوطء المحترم كما سبق غير مرة.

قوله: (ولو تزوجته على أنه حر فبان عبداً فلها الفسخ وإن كان بعد الدخول، ولها المهر بعده لا قبله، وكذا لو شرطت الحرية، ولو ظهر بعضه مملوكاً فكذلك، ولو ظهر معتقاً فلا خيار).

لو تزوجت المرأة زوجاً على أنه حر فبان عبداً فلها الفسخ؛ لظهور نقصه،

ولو تزوجها على أنها بنت مهيرة فخرجت بنت أمة، قيل: كان له الفسخ، والوجه ذلك مع الشرط لا مع الاطلاق، ولا مهر قبل الدخول، وبعده يرجع على المدلس، أباً كان أو غيره، ولو كانت هي المدلسة رجع

سواء شرطت حريته في نفس العقد، أو عولت على اخباره قبل العقد بكونه حراً أو اخبار وكيله اما مع الشرط فظاهر، واما بدونه فلما اسلفه المصنف في الضابط وذكره في نظير المسألة، وفيه ما سبق.

ولا فرق في ذلك بين الدخول وعدمه، ويثبت لها المهر بعد الدخول؛ لأن الوطء المحترم لا يخلو من مهر، فإن كان النكاح برضى السيد كان لها المسمّى عليه، وإلاّ كان لها مهر المثل يتبع به العبد اذا اعتق،أما لو فسخت قبل الدخول فإنه لامهر لها؛ لأن الفرقة من قبلها.

ولو ظهر بعضه مملوكاً فالحكم في الفسخ والمهر كما لو ظهر رق جميعه، إلاّ أنه مع الدخول واذن السيد في النكاح يلزمه من المهر بنسبة ما فيه من الرقية، أما لو ظهر معتقاً فإنه لا خيار لها؛ لانتفاء المقتضي وهو فوات الشرط.

والمسألة مفروضة فيما اذا كانت الزوجة حرة بدليل قوله:(فلها الفسخ)؛ لأنها لو كانت أمة لم يكن لها فسخ، وإنما هو لمولاها فإنه لو أراد تزويجها بعبد لم يكن لها الامتناع ويعلم من قوله: (وكذا لو شرطت الحرية) أن المراد من قوله: (ولو تزوجته على أنه حر) الاستناد في ذلك الى قوله أو قول وكيله قبل العقد من غير اشتراط لها فيه، ولا ريب أنه لو قدّم الاشتراط لكان أولى.

قوله: (ولو تزوجها على أنها بنت مهيرة فخرجت بنت أمة قيل: كان له الفسخ، والوجه ذلك مع الشرط لا مع الاطلاق، ولا مهر قبل الدخول، وبعده يرجع على المدلس أباً كان أو غيره، فلو كانت هي المدلسة رجع

عليها بما دفعه منه إلّا بأقل ما يمكن أن يكون مهراً.

ولو خرجت بنت معتقة فاشكال،

عليها بما دفعه منه، إلّا بأقل ما يمكن أن يكون مهراً، ولو خرجت بنت معتقة فاشكال).

فسر أهل اللغة المهيرة بوزن قريبة بأنها الحرة، قال في القاموس: المهيرة هي الحرة الغالية المهر[١].

وقال الجوهري: المهيرةهي الحرة[٢]،وكأنهم لحظوا في الاشتقاق أنها لا توطأ إلّا بمهر، بخلاف الأمة فإنها لا توطأ إلّا بالملك، اذا عرفت هذا فهنا مسألتان:

الأُولى: إذا تزوج الرجل امرأة على أنها بنت مهيرة فخرجت بنت أمة، فقد قال الشيخ في النهاية: إن له ردها ثم إن لم يكن دخل بها لم يكن لها عليه شيء وكان المهر على أبيها، وإن كان قد دخل بها كان لها المهر عليه بما استحل من فرجها[٣].

وتابعه ابن البراج في ذلك إلّا في ايجاب المهر على أبيها اذا لم يكن دخل بها، فإنه نفى وجوبه أصلاً[٤].

وكـذا قطب الدين الكيدري إلّا أنه جعل ايجاب المهر على أبيها مع عدم الدخول رواية[٥].

وكذا ابن ادريس إلّا أنه صرح بأن المهر المستحق لها بالدخول ترجع به على أبيها[٦].

---

(١) القاموس المحيط ٢:١٣٧ «مهر».

(٢) الصحاح ٢:٨٢١ «مهر».

(٣) النهاية: ٤٨٥.

(٤) المهذب ٢:٢٣٧.

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٥٦.

(٦) السرائر: ٣٠٩.

وذهب المصنف هنا وفي المختلف[١] وغيرهما[٢] إلى أنه إن شرط في العقد ذلك كان له الفسخ، وإلّا فلا وهو الأصح.

لنا عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[٣].

وجه الاستدلال به: أما مع الشرط فظاهر؛ لأنه جزء من العقد. وأما مع عدمه؛ فلأنه خارج عنه، وإنما يجب الوفاء بالعقد لا بما خرج عنه.

وقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[٤].

وجه الاستدلال به: أنه يدل على استحقاق المشروط، فإذا انتفى فقد انتفى بعض المعقود عليه، وبفواته يثبت الخيار حيث لم يقتض البطلان، ولأن الشرط يقلب العقد اللازم جائزاً، وإلّا انتفت فائدته وهو معلوم البطلان.

أما مع عدم الاشتراط في العقد فلا فسخ وإن ذكر قبل العقد وجرى العقد؛ لأن الأصل في النكاح اللزوم، وثبوت الخيار يحتاج إلى دليل، ولم يثبت كون ذلك موجباً للفسخ فيجب التمسك بالأصل.

احتج الشيخ ومن تابعه بما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن رجل خطب الى رجل بنتاً له عن مهيرة، فلما كان ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه بنتاً له اخرى من أمة، قال: «ترد على أبيها وترد عليه امرأته ويكون مهرها على ابيها»[٥]: قال في المختلف في وجه الاستدلال بالرواية للشيخ: فاذا كان ضامناً في هذه الصورة كان ضامناً في المتنازع؛ لعدم التفاوت.

ولقائل أن يقول: إن الذي أراده الشيخ أمران:

---

(١) المختلف: ٥٥٦.

(٢) التحرير ٢: ٣٠.

(٣) المائدة: ١.

(٤) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(٥) الكافي ٥: ٤٠٦ حديث ٤، التهذيب ٧: ٤٢٣ حديث ١٦٩٢.

. . . .

أحدهما أنه اذا تزوج امرأة على أنها بنت مهيرة ثبت الخيار اذا ظهرت بخلاف ذلك.

والثاني: إنه اذا لم يدخل بها يجب مهرها على أبيها، ولم يتعرض في الاستدلال إلى الأمر الأول أصلاً.

وأما الأمر الثاني فإن الرواية لا تدل عليه؛ لأنها مشعرة بأن الزوج دخل ببنت الأمة، حيث انها ادخلت على الزوج في الليلة المعدة لدخول زوجته عليه، فلا يبعد ايجاب المهر على الأب في هذه الحالة؛ لتدليسه وثبوت الرجوع عليه، وأين هذا من ذاك.

الثانية: الصورة بحالها وظهرت بنت معتقة، ففي ثبوت الخيار مع الشرط اشكال ينشأ: من أن المعتقة حرة، فيكون الوصف المشترط في ابنتها حاصلاً. ومن أن بنت المعتقة يصدق عليها أنها بنت أمة باعتبار ما كانت عليه أمها؛ لأن المشتق يصدق وإن انقضى المشتق منه.

ويرجح الأول بأن تفسير أهل اللغة المهيرة بالحرة يتناول هذه، فانهم لم يقيدوا بكونها حرة في الأصل فيجب حمله على ظاهره.

ويؤيده أن ثبوت الخيار في النكاح على خلاف الأصل، فلا يثبت إلّا بدليل وهو منتف في محل النزاع وهو اقوى، ثم ارجع الى عبارة الكتاب وتنبه لأُمور:

الأول: المراد من قول المصنف: (والوجه ذلك مع الشرط) ثبوت الخيار في الصورة المذكورة مع اشتراط ذلك في العقد لامع اطلاق العقد واخلائه من هذا الشرط، سواء اخبرت به هي أو وليها قبل العقد أم لا.

وهذا مخالف لما ذكره سابقاً في ضابط التدليس ؛ لأنه جعل الاخبار بالكمالية من الولي أو المرأة تدليساً، وذكر في تزويجها مطلقاً اشكالاً، ومخالفته ظاهرة.

الثاني: قوله: (ولا مهر قبل الدخول) يريد به أنه اذا فسخ في موضع الشرط،

ولو أدخل بنته من الأمة على من زوجه بنت مهيرة ، فرّق بينهما ولها مهر المثل، ويرجع به على السابق ويدخل على زوجته.

أما بعد الدخول فإنه يجب المسمّى على الأصح بدفعه الى الزوجة ويرجع بجميعه على المدلّس، سواء كان أباها أو غيره، ولو كانت هي المدلسة فإن لم يكن دفع اليها شيئاً من المهر، وجب أن يدفع اليها أقل ما يصح جعله مهراً دون ما عداه؛ لوقوع التقاص في الزائد،وإن كان دفع اليها شيئاً منه رجع به لا بأقل ما يجعل مهراً على ما تقدم غير مرة.

الثالث:الضمير في قوله:(ولوخرجت بنت معتقة)يعود الى المزوجة على أنها بنت مهيرة،ولا يخفى أن الاشكال إنما هو مع الشرط لا بدونه؛ لأنه قد أفاد أنها لو خرجت بنت أمة لا فسخ مع عدم الاشتراط، فإذا خرجت بنت معتقة لم يثبت الفسخ بطريق أولى.

قوله: (ولو ادخل بنته من الأمة على مَن زوجه بنت مهيرة فُرّق بينهما ولها مهر المثل، ويرجع به على السابق، ويدخل على زوجته).

اذا جرى العقد على بنت المهيرة بعينها ثم ادخلت عليه بنت الأمة فإن دخل بها وجب لها بالدخول مهر المثل إن لم يكن عالماً بأنها غير الزوجة، أو علمت ذلك وجهل التحريم، وإلاّ فهي زانية لامهر لها. فإن كان قد دفع اليها المهر نظر فإن طابق مهر المثل فلا بحث، وإن نقص اكمله، وإن زاد استرد الزائد، ومع علمها بالتحريم يسترد الجميع ثم يرجع به على من دلّسها.

ولو اتفق تدليسها نفسها وعدم علمها بالتحريم رجع عليها بما دفعه اليها إلاّ اقل ما يصح أن يكون مهراً وإن لم يكن دفع اليها شيئاً لم يجب لها إلاّ ذلك.

وأما الزوجة فإنها على نكاحها يجب تسليمها إليه، ويستحق عليه ما سمّى لها، ولا يختص هذا الحكم ببنت المهيرة وبنت الأمة، بل كل من عقد على امرأة

وكذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنها زوجته ، سواء كانت أعلا أو أدون،ولو دخل مع العلم لم يرجع على أحد.

ولو شرط البكارة، فإن ثبت سبق الثيوبة فالأقرب أن له الفسخ، ويدفع المهر ويرجع به على من دلسها، فإن كانت هي رجع، إلّا باقل ما يمكن أن يكون مهراً، وإن لم يثبت فلا فسخ؛ لاحتمال تجدده بسبب خفي.

وقيل: له نقص شيء من مهرها، وهو ما بين مهر البكر والثيب عادة.

فادخلت عليه غيرها حكمها ما ذكرنا، سواء كانت أعلى من الزوجة أو أدون.

والى هذا اشار بقوله: (وكذا كل من ادخل عليه غير زوجته فظنها زوجته سواء كانت اعلى أو أدون).

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

وإنما قيد بقوله: (فظنها زوجته)؛لأنه لوعلمأنهاغيرها وهيجاهلة ثم دخل بها وجب عليه مهر المثل لها، ولم يرجع به على أحد؛ لانتفاء الغرور والى هذا اشار بقوله: (ولو دخل مع العلم لم يرجع على أحد).

قوله: (ولو شرط البكارة، فإن ثبت سبق الثيبوبة فالأقرب أن له الفسخ، ويدفع المهر ويرجع به على من دلسها، فإن كانت هي رجع إلّا بأقل ما يمكن أن يكون مهراً، وإن لم يثبت فلا فسخ لاحتمال تجدده بسبب خفي وقيل:له نقص شيء من مهرها وهو ما بين مهر البكر والثيب عادة).

اذا تزوج امرأة على أنها بكر فظهرت ثيباً، ففي ثبوت الفسخ بذلك وعدمه خلاف، وعلى القول بعدم ثبوت الفسخ فهل له أن ينقص شيئاً من مهرها؟ فيه خلاف ايضاً، وتحقيق ذلك يقع في مقامين:

الأول: الفسخ وقد نفاه أبوالصلاح، فإنه قال: اذا تزوج بكراً فوجدها ثيباً فأقرت الزوجة بذلك حسب أو قامت به البيّنة فليس بعيب يوجب الرد ولا نقصان

. . . .

في المهر[١].

وهذا هو الظاهر من كلام جمع من الأصحاب، إلّا أن عباراتهم مطلقة ليس فيها تصريح باشتراط ذلك في العقد ولا بعدمه.

والذي يلوح من عبارة أبي الصلاح أن نفي الفسخ ليس مع اشتراط البكارة فتظهر الثيبوبة، وإنما هو لكون الثيبوبة ليست عيباً، فإن الفسخ بالعيب لا يتوقف على اشتراط السلامة.

والظاهر أن هذا إنما هو مراد الأصحاب لكنهم سكتوا عن حكم الاشتراط، قال المصنف في المختلف: وأبو الصلاح إن قصد التزويج بالبكر مع عدم شرط البكارة فهو مسلم، وإن قصد ذلك مع اشتراط البكارة فهو ممنوع[٢].

وهذا الكلام يدل على أن عبارته محتملة، ولا شك عندنا في الاحتمال إلّا أنها اظهر في عدم الاشتراط كما قلناه.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن المصنف ذهب الى ثبوت الفسخ مع الاشتراط، كما صرح به في المختلف والارشاد وقربه هنا وقيّده بثبوت سبق الثيبوبة على العقد بطريق شرعي، وتبعه جملة المتأخرين فيه[٣]، وهو الأصح؛ لعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[٤]، وقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[٥] ولأن ذلك فائدة الشرط فلولاه لكان ذكره لغواً وهو باطل.

ويحتمل العدم تمسكاً بلزوم العقد، وهو ضعيف؛ لأن الشرط السائغ اخرجه عن

---

(١) الكافي في الفقه: ٢٩٦.

(٢) المختلف: ٥٤٦.

(٣) منهم الشهيد في اللمعة: ١٩٩.

(٤) المائدة: ١.

(٥) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

. . . .

اللزوم.

ولا ريب أن الفسخ إنما يثبت اذا علم سبق الثيبوبة على العقد كما ذكره، وإنما يثبت باقرارها أو البينة الشرعية وما جرى مجراها، فلو لم يثبت ذلك فلا فسخ؛ لامكان تجددها بسبب خفي كالنزوة والعلة، وهو غير مناف للشرط.

ومتى ثبت الخيار وفسخ قبل الدخول فلا مهر، وبعده يجب لها المسمّى، ويرجع به على المدلّس وهو العاقد العالم بحالها وإلاّ فعليها، لكن هنا يستثنى لها أقل ما يمكن أن يكون مهراً، وقد سبقت هذه الأحكام غير مرة.

الثاني: حيث لا فسخ فهل ينقص من مهرها شيء؟ فيه قولان:

أحدهما العدم، صرح به أبو الصلاح[1]، وهو اللائح من قول ابن البراج: جاز أن ينقص من مهرها شيئاً وليس ذلك بواجب[2].

ووجهه: إن العقد اقتضى وجوب جميعه والأصل بقاؤه.

والثاني: إنه ينقص، واختلفوا في قدره على اقوال:

الأول: إنــه ينقص شيء في الجملة، صرح به الشيخ في النهــاية[3]، وابن البراج[4]، لرواية محمد بن خرك قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل تزوج جارية بكراً فوجدها ثيباً، هل يجب لها الصداق وافياً أم ينقص؟ قال: «ينقص»[5]. وجه الاستدلال به: أنه لابد من اضمار مفعول ينقص، والمناسب تقدير لفظة شيء؛ لاقتضاء المقام إياه.

---

(١) الكافي في الفقه: ٢٩٦.

(٢) المهذب ٢: ٢١٣.

(٣) النهاية: ٤٧٥.

(٤) المهذب ٢: ٢١٣.

(٥) الكافي ٥: ٤١٣ حديث ٢، التهذيب ٧: ٤٢٨ حديث ١٧٠٦.

. . . .

الثاني: إنه ينقص السدس، ذكره الراوندي في شرح مشكل النهاية؛ لأن الشيء في عرف الشرع السدس لما ورد في الوصية.

وغلّطه المحقق نجم الدين في النكت بأن الشيء لم يذكر في الرواية، وانما وجب تقديره؛ لاقتضاء المقام اياه[1].

والذي يقدر هو الشيء المنكر؛ لأنه الذي يقتضيه المقام، لا الشيء الذي هو السدس؛ لأن ذلك معيّن ولا دليل عليه.

ولو سلّم فيكون الشيء السدس في الوصية لا يقتضي كونه كذلك في كل موضع؛ لانتفاء ذلك في الاقرار وغيره.

الثالث: أن ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر إلى الثيب، اختاره ابن ادريس.

واعترضه الشارح السيد الفاضل بأنه ربما أدى الى سقوط المهر رأساً؛ لأن التفاوت بين المهرين قد يكون بقدر المسمّى، فإن مهر مثلها بكراً ربما كان خمسين وثيباً اربعين والمسمّى عشرة، فإذا نقص قدر التفاوت سقط المسمّى وأُجيب بأن المراد النقص بنسبة التفاوت إلى مهر البكر وهو الخمس، فينقص في الفرض المذكور ديناران.

أو أن المراد نقص شيء من المسمّى لها باعتبار كونها بكراً يقتضي نظر العقلاء نقصه باعتبار ظهور ثيبوبتها.

وهذا هو الذي أراده المصنف بقوله في الكتاب: (وهو ما بين مهر البكر والثيب عادة) واختاره في التحرير[2].

الرابع: إحالة تقدير ذلك على نظر الحاكم لانتفاء تقدير النقص وتفسير اللفظ

---

(١) نكت النهاية (ضمن الجوامع الفقهية): ٦٣٧.

(٢) التحرير ٢: ٣٠.

ولـو تزوج متعة فبانت كتابية، أو دواماً على رأي من سوغه، فلا فســخ، إلّا أن يطلق او يهب المدة، ولا يسقط من المهر شيء، ولو شرط الاسلام فله الفسخ.

الوارد به لغة، وشرعاً، فيرجع فيه إلى رأي الحاكم، وهو قريب مما ذكره المصنف.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن اطلاق كلامهم يقتضي ثبوت النقص سواء علم سبق الثيبوبة أم لا، وكلام المحقق في النكت صريح في ذلك .

وهذا الحكم مشهور بين الأصحاب، والذي يقتضيه الدليل عدم نقص شيء كما يراه أبو الصلاح [٢]، إلّا أن مخالفة الأصحاب لا يخلو من شيء، فإن قلنا به فكلام المحقق قريب.

قوله: (ولو تزوج متعة فبانت كتابية، أو دواماً على رأي من سوغه فلا فسخ، إلّا أن يطلق أو يهب المدة ولا يسقط من المهر شيء).

أي: لو تزوج امـرأة يظن أنها مسلمة، أو على أنها مسلمة لكن لم يشترط اسلامها في العقد فظهرت كتابية والنكاح متعة على رأي المصنف ومن جرى مجراه في القول بمنع نكاح المسلم الكتابية دواماً وتجويز المتعة، أو دائم على قول من جوز نكاحها دواماً.

ولما كان هذا غير مرضي عند المصنف بناه على رأي من سوغه ليستقيم الحكم؛ لأن اثبات الفسخ ونفيه فرع صحة النكاح في نفسه كما لايخفى ما يثبت للزوج بذلك فسخ،لأن عدم الاسلام في الزوجة لا يعد عيبا بالنسبة الى النكاح.

ولا ينقص بسببه الاستمتاع فلا ينقص من المهر بسببه شيء بخلاف ما اذا تزوج على انها بكر فظهرت ثيبا.

فان قيل،قوله : (إلّا أن يطلق أو يهب المدة)استثناء مماذا ؟

---

(١) نكت النهاية (ضمن الجوامع الفقهية): ٦٣٨.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٦.

قلنا:هو استثناء من محذوف تقديره:فلا فسخ في حال من الاحوال إلّا في حال طلاقه اذا كان النكاح دواما أو هبة المدة اياها اذا كان النكاح متعة..فهو مع ما قبله لفّ ونشر غير مرتب.

ويمكن أن يكون استثناءً منقطعاً، والمعنى فلا فسخ على حال من الأحوال لكن له أن يطلق وأن يهبها المدة.

فإن قيل: فما الباعث عليه ؟.

قلنا: لما كان نفي الفسخ يقتضي العموم بيّن أن المراد نفي الفسخ بغير طلاق وهبة المدة.

فإن قيل: فيتوهم من عموم نفي الفسخ عدم ثبوته لو كان، ثم أحد العيوب الموجبة له أو غير ذلك من اسبابه.

قلنا: هذا الوهم مدفوع بأن ظاهر المقام انتفاء سبب آخر من أسباب الفسخ، أو ما يتوهم بسببه ثبوت الفسخ سوى كفر الزوجة فلا حاجه إلى التحرز.

وأما ابانة النكاح بالطلاق وهبة المدة فإنه منوط باختيار الزوج متى شاء فحسن التعرض اليهما.

ولو شرط في العقد اسلام الزوجة وقد نكحها متعة، على ما اختاره المصنف، أو دواماًعلى رأي من سوغه للكتابية، ثم ظهرت كتابية كان له الفسخ بها؛ لفوات الشرط المقتضي لتزلزل العقد، وقد ذكرنا التوجيه في نظائره غير مرة، وإنما قيّدنا في تصوير المسألة بكون النكاح متعة عند المصنف أو دواماً على رأي مَن سوغه؛ لأن ثبوت الفسخ فرع صحة العقد في نفسه، وقد ذكره المصنف في تصوير أصل المسألة، وإلى هذاالقسم اشار المصنف بقوله: (ولو شرط الاسلام فله الفسخ)، أي: ولو شرط الاسلام في هذه الصورة المفروضة في نفس العقد فظهرت كتابية فسخ إن شاء.

ولو ادخلت امرأة كل واحد من الزوجين على صاحبه فوطأها، فلها المسمّى على زوجها ومهر المثل على واطئها، وترد كل منهما على زوجها، ولا يطأها إلّا بعد العدة.

ولو ماتتا في العدة أو مات الزوجان ورث كلٌ زوجته، وبالعكس.

قوله: (ولو ادخلت امرأة كل من الزوجين على صاحبه فوطأها فلها المسمّى على زوجها ومهر المثل على واطئها، وترد كل منهما على زوجها ولا يطأها إلّا بعد العدة، ولو ماتتا في العدة أو مات الزوجان ورث كلٌ زوجته وبالعكس).

قال الشيخ في النهاية: اذا عقد الرجلان على امرأتين، فاُدخلت امرأة هذا على هذا والاُخرى على الآخر ثم علم بعد ذلك، فإن كانا قد دخلا بهما كان لكل واحدة منهما الصداق، وإن كان الولي قد تعمد ذلك اغرم الصداق.

ولا يقرب كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها، فإن ماتتا قبل انقضاء العدة فليرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتها ويرثاهما الرجلان، وإن مات الرجلان وهما في العدة فإنهما ترثانهما ولهما المسمّى[1]. هذا كلامه رحمه الله.

قال ابن ادريس: الصحيح من الأقوال أن بموت أحد الزوجين اما المرأة أو الرجل يستقر جميع المهر كملاً، سواء دخل بها الرجل أم لا[2].

احتج الشيخ بما رواه جميل بن صالح عن بعض اصحاب أبي عبدالله عليه السلام: في اختين اهديتا الى أخوين في ليلة فادخلت امرأة هذا على هذا وادخلت امرأة هذا على هذا، قال: «لكل منهما الصداق بالغشيان، وإن كان وليهما يعلم ذلك اُغرم الصداق ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضي العدة، فإذا انقضت العدة

---

(١) النهاية: ٤٨٨.

(٢) السرائر: ٣٦٠.

. . . .

صارت كل واحدة منها الى زوجها بالنكاح الأول»، قيل له: فإن ماتتا قبل انقضاء العدة، قال: فقال: «يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتها ويرثانها الرجلان»[1].

والأصح وجوب المهر كملاً، والرواية ضعيفة وحملها المصنف في المختلف على أن المرأتين ليس لها ولد، فيرجع الزوجان بنصف المهر اذا كانا قد دفعاه على سبيل الميراث[2].

ثم تنبه لأمور:

الأول: استحقاق كل من المرأتين على من ادخلت عليه مهر المثل إنما هو مع الوطء للشبهة، لا بدونه، وهو ظاهر.

وكذا وجوب العدة إنما هو مع الوطء لا بدونه، فيرد كل منها على زوجها بغير عدة، ولو وطئت احداهما خاصة..اختص الحكم بها.

الثاني: إنما يجب لها المهر المذكور بالوطء اذا لم تعلم بالتحريم، اما بأن تجهل كون الزوجة غيرها، أو تعلمه وتجهل تحريم الوطء، فلو علمتها فلا شيء لها؛لأنها بغي ولا اعتبار بعلم الزوج وعدمه.

أما العدة فإن وجوبها يتحقق بجهل أحدهما، ليكون الوطء من طرفه محترماً.

الثالث: يرجع كل من الزوجين بما غرمه من مهر المثل على الولي، وفي رواية التقييد بتعمده، وكذا في عبارة الشيخ على ما سبق ذكره.

وينبغي أن يقال: إن تعمد الولي والزوجة أو كانا جاهلين فالغرم عليها دون الولي؛ لأن سببيتها اقوى.

نعم يستثنى لها أقل ما يصلح مهراً، وإن تعمد أحدهما خاصة فالغرم مختص به، فإن تعمدت هي فلابد من استثناء الأقل، ولو علم الزوج بالحال وجهلت المرأة

(١) الكافي ٥:٤٠٧ حديث ١١، الفقيه ٣:٢٦٧ حديث ١٢٦٩، التهذيب ٧:٤٣٤ حديث ١٧٣٠.

(٢) المختلف: ٥٥٧.

ولو اشتبه على كل منهما زوجته بالأُخرى قبل الدخول، منع منه والزم بالطلاق ولا تحسب في الثلث ويلزم نصف المهر، فيقسم بينهما بالسوية إن تداعياه، أو يقرع فيه، أو يوقف حتى يصطلحا.

ويحرم على كلٍ منهما أُم كل واحدة منهما، وتحرم كل منهما على أب الزوج وابنه. والميراث كالمهر، ويحتمل القرعة ابتداءً،

غرم مهر المثل ولا يرجع به على أحد، وينبغي تأمل هذا التفصيل لأني لم أجد به قائلاً.

الرابع: لو مات أحد الزوجين ورثه الآخر، سواء كان في عدة الشبهة أم لا .

وقول المصنف: (ولو ماتتا في العدة....) يوهم أن لها دخلاً في الارث، وليس كذلك، والمصنف تبع في ذلك عبارة الشيخ ولفظ الرواية لا يلزم منه تخصيص؛ لأن السؤال وقع عن حكم موتها في العدة فكان الجواب على طبقه.

قوله: (ولو اشتبهت على كل منهما زوجته بالأُخرى قبل الدخول منع منه واُلزم الطلاق، ولا يحسب الثلاث، ويلزم تنصيف المهر فيقسم بينهما بالسوية إن تداعياه، أو يقرع فيه، أو يوقف حتى يصطلحا، ويحرم على كل واحد منهما أُم كل واحدة منهما، وتحرم كل منهما على أب الزوج وابنه، والميراث كالمهر ويحتمل القرعة ابتداء).

اذا عقد رجلان على امرأتين بمهرين ثم اشتبهت زوجة كل واحد منهما بالأُخرى فبيان احكامها في مسائل:

الأُولى: تحريمها على الزوجين. فإن الزوجة اذا اشتبهت بالأجنبية حرمتا؛ لوجوب اجتناب الأجنبية ولا يتم إلاّ باجتنابها، ولا يرتفع بذلك النكاح قطعاً وإنما تحرم الاستمتاعات التي شأنها أن تحل به.

وكذا النظر واللمس وما جرى مجراهما، فعلى هذا لو لم يكونا قد دخلا بهما منعا

. . . .

من الدخول لا محالة.

الثانية: تحرم على كل واحد منهما أم كل واحدة منهما، وكذا غير الأُم ممن اقتضى النكاح تحريمها بالمصاهرة عيناً أو جمعاً بها؛ لأن المقتضي للتحريم وهو النكاح حاصل، والاشتباه لايمنع تأثيره، واجتناب أم الزوجة لكل منهما لا يتم إلّا باجتنابها، وكذا البواقي، وكذا تحرم كل منهما على أب كل من الزوجين وابنه لمثل ما ذكرناه.

الثالثة: الزام كل من الزوجين بالطلاق بمعنى وجوب ذلك؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿فامساك بمعروف أو تسريح باحسان﴾ وقد تعذر الأول فتعيّن الثاني.

والمراد به الطلاق فيكون واجباً، فإن امتنع منه أُجبر عليه، ولا يقدح في صحته؛ لأن الاجبار شرعاً لاينافي الصحة، كما في اجبار المديون اذا امتنع من البيع وتوقف الأداء عليه.

ويتحقق الطلاق بأن يطلّق كل منهما زوجته من المرأتين، أو يطلق كل واحدة منهما بعينها فيقع الطلاق على الزوجة ويبطل في الأجنبية.

ويحتمل عدم وجوب الطلاق؛ للأصل، ولا نسلم أن الامساك بمعروف متعذر للاشتباه.

ولو سلّمنا فلا نسلم تحتم الثاني؛ لجواز أن يراد من الآية وجوب أحد الأمرين مع القدرة، لامتناع التكليف بدونها، ولا تعلق له بحال التعذر، فتجب حينئذٍ القرعة؛ لأنه أمر مشكل، وفي كل أمر مشكل القرعة كما ورد به النص [1]، فمن عينت القرعة زوجيته تعينت وثبت له أحكام الزوجية.

وهذا هو المراد من قول المصنف: (ويحتمل القرعة ابتداء) أي: في أول الأمر من حين حصول الاشتباه.

---

(١) الفقيه ٥١:٣ باب الحكم بالقرعة، التهذيب ٧: ٢٣٣ حديث ٥٧١، الاستبصار ٣٩:٣ حديث ١٣٦.

. . . .

ويحتمل أن يقال: يتلطف بهما، فإن طلقا وقع وإلّا سلطنا المرأتين على الفسخ، أو فسخ الحاكم كما سبق في تزويج الوليين المرأة لرجلين مع نسيان السابق من العقدين، وقد سبق تحقيق ذلك كله.

إذا تقرر ذلك فلو طلق كل منهما لم يكن الطلاق محسوباً في الثلاث، بمعنى أنه لو تزوج بعد ذلك لا يكون معه على طلقتين بل الثلاث بحالها.

كذا ذكره المصنف، ومراده إنه اذا تزوّج واحدة منهما؛ لأنه إنما طلق الزوجة ولم تكن زوجيتها معلومة بالنسبة إليه والأصل عدمها، وكذا الأصل بقاء الحل إلى التطليقة الثالثة.

أما اذا تزوجها معاً ـ حيث يجوز له جمعهما ـ ثم طلقهما اثنتين فقد استكملت احداهما الثلاث قطعاً؛ لأن احداهما كانت زوجة حين طلاق الأولى وقد حصل الاشتباه فتحرمان كما لو اشتبهت الزوجة بالمطلقة إلّا بالمحلل، فلو تزوجها ثم طلقها بعد ذلك افتقر الى المحلل أيضاً؛ لأن الأُخرى قد استكملت الثلاث وهي مشتبهة إلّا على القول بأن التحليل يهدم ما دون الثلاث.

الرابعة: اذا وقع الطلاق من كل منهما لكل من الزوجين قبل الدخول أُلزم كل منهما بنصف المهر؛ لأن ذلك مقتضى الطلاق قبل الدخول، فإن تساوى المهران جنساً وقدراً وصفة وتسليماً فالحكم ظاهر فإن كل واحدة منهما تأخذ نصفاً.

وإن اختلف الجنس كالذهب والفضة،أوالقدر كمائة وخمسين،أوالوصف كالجيد والرديء، أو تعذر الاستيفاء من احداهما لإعساره دون الأُخرى، فإما أن يعلم كل من الزوجين ما عليه وان جهل مستحقه، أو لا، فإن علما واختلف الجنس أو الوصف خاصة أدى كل واحد منهما نصف ما عليه.

ثم الزوجان إما أن يدّعي كل منهما زوجية احديهما واستحقاق نصف العين، أو احدهما أو لا تداعيا شيئاً للاشتباه عليهما.

فإن تصادمت دعواهما في نصف بخصوصه ففيه ثلاثة اوجه: اقتسامه؛ لانتفاء المرجح ويحلف كل واحد منهما للأُخرى. والقرعة؛ لأنه أمر مشكل. أو الايقاف حتى يصطلحا؛ لتعذر الوقوف على مستحقه ولا مخرج سوى الصلح.

لكن مع الاقتسام يجعل النصف الآخر عند الحاكم كسائر الأموال المجهولة الملّاك، ولو رجعت احداهما الى دعوى النصف الآخر لم يبعد سماعها، إذ ليس فيها إلّا إكذاب دعواها الأُولى، ولأنه لا يزيد على اكذاب المقر له الاقرار ثم يرجع الى التصديق، فترد ما اخذته على الأُخرى ويسلّم اليها النصف الثاني؛ لانحصاره فيها، فإن الأُولى قد دفعته عن نفسها، وإن حكمنا بالقرعة، فمن خرج اسمها استحقت فيتعين للأُخرى النصف الآخر.

وإن ادعت كل واحدة غير ما ادعته الأُخرى دفع الى كل منهما ما تدعيه؛ لانحصار الاستحقاق فيهما وانتفاء التنازع بينهما.

وإن ادعت احداهما وسكتت الأُخرى دفع الى المدعية ما ادعته؛ لانتفاء المنازع وامكان صدقها.

ويحتمل في النصف الآخر دفعه إلى الأُخرى؛ لانحصار الحق فيهما وقد نفته المدعية عن نفسها فانحصر استحقاقه في الاخرى.

وإن سكتتا معاً ولم تدع واحدة منهما شيئاً معيّناً فقد قال الشارح الفاضل ولد المصنف: إنه إما أن يقسم كل نصف بينهما نصفين، أو يقرع بينهما، أو يوقف الحال في كل نصف حتى تصطلحا[1]، وليس بجيد؛ لأن اقتسامهما كلًّا من النصفين يقتضي اعطاء الحق لغير مستحقه قطعاً؛ للقطع بأن كل نصف لواحدة لايشاركها فيه الأُخرى.

(١) ايضاح الاشتباه ٣:١٨٨.

وليس هذا مثل قسمة أحد النصفين بينها عند التداعي لاستوائها في المقتضي للاستحقاق وهو التداعي هناك، بخلاف ما هنا، فيكون فيه احتمال القرعة والايقاف إلى الصلح خاصة.

ومثله في الفساد قوله: بعد تداعيها أحد النصفين بعينه وقسمته بينها في النصف الآخر، ولو ادعتاه اقتسمتا...،

وذلك لأن كل نصف لواحدة فكيف يمكن قسمته لكل منها وتسلط من لا يستحق على مال غيره، وفيه فساد آخر وهو أن دعوى واحدة نصفاً معيناً إنما يكون إذا ادعت زوجة من وجب عليه ذلك النصف، فكيف تتصور زوجية كل منها لكل من الزوجين.

ومثله في الفساد دعوى كل واحدة منها كل واحد من النصفين اقتراحاً، ولو حمل على رجوعها عن الدعوى الأولى إلى هذه بعد حكم الحاكم ففي السماع احتمال، هذا حكم ما اذا اختلفا جنساً أو وصفاً.

فإن اختلفا قدراً واتحد الجنس دفع كل من الزوجين بقدر نصف المهر الأقل، فيقسم بينها ويبقى نصف الزيادة يؤخذ ممن وجب عليه.

فإن ادعتاه جرت فيه الاحتمالات الثلاثة، وإن ادعته احداهما أو لم تدعه واحدة منها فحكمه معلوم مما سبق، وإن كان الاختلاف بين المهرين باعتبار لزوم التسليم وعدمه أُخذ النصف المعجل.

ويجري فيه ما سبق باعتبار التداعي وعدمه، ويبقى النصف المتخلف إلى حين حصوله تستفاد أحكامه مما سبق.

وإن جهل كل من الزوجين ما عليه بخصوصه، فإن اتحد الجنس واختلف القدر أُخذ من كل منها بقدر نصف الأقل وبقي النصف الزائد، إن تبرع به احدهما فلا بحث، وإلّا كان حقاً مجهول المحل والمستحق منحصر في اثنين.

. . . .

ولو اختلف الجنس أو الوصف فالحكم في مجموع النصفين مثل ما قلناه آنفاً في الزيادة.

وكذا الحكم لو كان جهة الاختلاف بين المهرين وجوب التسليم وعدمه فقط، فإن المطالبة بأحد الوصفين متعذرة الى حين حضور وقت استحقاق الآخر.

ولو ادعت احدى الزوجتين على أحد الزوجين بأحد الجنسين المختلفين أنها تستحقه عليه، فالذي تقتضيه الأُصول عدم الاكتفاء بقوله: لا اعلم، بل يكلف الجواب على البت، فإن لم يحلف حلفت واستحقت، فإن ادعت الأُخرى بعد يمينه للأُولى سمعت الدعوى وكلف الجواب الى آخر ما سبق، وإن كان بعد يمينها فقد سبق في الشفعة في نظير هذه المسألة في الفصل الخامس في التنازع قبل قوله: (ولو اختلف المتبائعان فى الثمن) عدم سماع الدعوى الأُخرى؛ لئلا يلزم الحكم ببطلان القضاء الأول فيجيء مثله ها هنا.

وينبغي تأمل هذا المبحث خصوصاً هذه الأحكام الأخيرة، فإني لم اقف عليها في كلام أحد. واعلم أن حكم الميراث اذا مات أحد الزوجين أو الزوجتين أو هما حكم المهر، فمع التداعي اما القسمة أو القرعة أو الايقاف.

ثم اعلم أن قول المصنف: (ويلزم بنصف المهر) معناه: ويلزم كل واحدة منها بنصف المهر، فيكون الواجب النصفين.

وقوله: (فيقسم بينها) إن عاد الضمير إلى كل منها فهو مشكل؛ لامتناع ادعاء كل من الزوجين لكل من النصفين، وعوده إلى نصف واحد خلاف الظاهر، ومع ذلك فلابد من التقييد بما اذا اختلف المهران بأحد الأُمور السابقة، وتحقيق كل من الزوجين ما عليه، فاطلاق العبارة لا يخلو من شيء.

ويثبت المسمّى في كل وطء عن عقد صحيح وإن انفسخ بعيب سابق على الوطء أو العقد، ومهر المثل في كل وطء عن عقد باطل في أصله لا المسمّى.

فروع:

أ: لو شرط الاستيلاد فخرجت عقيمًا فلا فسخ؛ لامكان تجدد شرطه

قوله: (ويثبت المسمّى في كل وطء عن عقد صحيح وإن انفسخ بعيب سابق على الوطء أو العقد، ومهر المثل في كل وطء عن عقد باطل في أصله لا المسمّى).

وجهه: ان الموجب للمهر المسمّى هو العقد الصحيح على ما سيأتي بيانه ان شاء الله تعالى، والفسخ لا يرفعه من أصله وإنما يبطله من حين وقوع الفسخ وإن كان بعيب سابق على العقد، وقول الشيخ[1] والشافعي[2] بوجوب مهر المثل ضعيف. أما اذا كان العقد فاسداً فإنما يجب بالوطء فيه مهر المثل دون المسمّى؛ لأن الفاسد لما لم يترتب عليه أثره كان وجوده كعدمه.

ومع الوطء يجب عوض المثل لمنفعة البضع وذلك مهر المثل، وقد سبق في نكاح المماليك قول لجمع من الأصحاب بوجوب المسمّى فيما اذا تزوّج الحر أمة بغير اذن مالكها ووطأ قبل الرضى، وقد ذكرنا ما فيه هناك.

وإن انتفى الوطء، فإن كان العقد فاسداً فلا شيء؛ لانتفاء المقتضي، وإن كان صحيحاًوقعت الفرقة بفسخ فلا شيء أيضاً، إلّا في العنة فيجب نصف المهر كما سبق، وكذا اذا طلق قبل الدخول.

قوله: (فروع: أ: لو شرط الاستيلاد فخرجت عقيمًا فلا فسخ،

---

(١) المبسوط ٤: ٢٥٣.

(٢) المجموع ١٦: ٢٧٣.

في الشيخوخة، وعدم العلم بالعقم من دونه، وجواز استناده إليه.

لإمكـان تجدد شرطه في الشيخوخة، وعدم العلم بالعقم من دونه، وجواز استناده إليه).

الشيخوخة مصدر شاخ يشيخ، وينبغي أن يراد بها الطعن في السن الى نهاية العمر، وتحرير البحث أنه إذا شرط الرجل في عقد النكاح استيلاد المرأة يعني،كونها بحيث تستولد بمعنى أن لاتكون عقيماً، فمضى عليها مدة طويلة ولم تلد مع انتفاء مانع آخر ظاهر سوى العقم لم يثبت بذلك فسخ، وإلاّ لزم ثبوت الخيار مع تحقق انتفاء الشرط، والثاني باطل بالنص والاجماع فالمقدم مثله.

بيان الملازمة عدم تحقق العقم بما ذكر؛ لامكان تجدد الاستيلاد في الشيخوخة كما في قصة ابراهيم وزكريا عليهما السلام وعلى نبينا الصلاة والسلام وآله، ولانتفاء العلم بالعقم من دون حصول الشيخوخة، لأن كل زمان يتجدد حصوله يرجى فيه حصول الاستيلاد وتجدده قبل تحقق الشرط، ولأن انتفاء استيلاد المرأة قد يكون مستنداً إلى الزوج، فلا يكون عدم استيلادها دليلاً على عقمها، فهذه دلائل ثلاثة ذكرها المصنف رحمه الله على عدم ثبوت الفسخ في المسألة المذكورة.

وتنقيح المقام بجعلها دلائل التلازم في القياس الاستثنائي أولى، وعلى ما قلناه فيكون الضمير في قوله: (لامكان تجدده) عائداً الى الاستيلاد، ويكون الضمير في قوله: (من دونه) عائداً الى الشيخوخة بضرب من التأويل، أي ولعدم العلم بالعقم من دون مضي زمان الشخوخة.

ويمكن عوده الى العقم، أي ولعدم العلم بالعقم من دون العقم؛ لأن العلم بحصول شيء فرع حصول ذلك الشيء في نفسه، لأن العلم يستدعي المطابقة.

وربما قيل بامكان عودة الى ما دل عليه امكان التجدد، أي وعدم العلم بالعقم من دون عدم امكان التجدد، فيكون هذا وما قبله دليلاً واحداً، تقريره لامكان تجدد الاستيلاد فيه، ومن التكلف والبعد ما لايخفى.

ب: كل شرط يشرطه في العقد يثبت له الخيار مع فقده، سواء كان دون ما وصف أو أعلى على اشكال.

نعم لو تزوجها متعة أو دواماً على رأي بشرط أنها كتابية فظهرت مسلمة فلا خيار.

واعلم أن قول المصنف: (لـو شرط الاستيلاد فخرجت عقيماً) لا يخلو من مسامحة؛ لأن خروجها عقيماً يقتضي انتفاء الشرط فيثبت الخيار، والمراد حصول ما يتوهم منه العقم، والضمير في (شرطه) يعود الى الاستيلاد أو الى الزوج.

قوله: (ب: كل شرط يشترط في العقد يثبت له الخيار مع فقده، سواء كان دون ما وصف أو أعلى على اشكال، نعم لو تزوجها متعة أو دواماً على رأي بشرط أنها كتابية فظهرت مسلمة فلا خيار).

لا ريب أن كل ما يشترطه الزوج في عقد النكاح من صفات الكمال، مما لا ينافي مقصود النكاح ولا يخالف الكتاب ولا السنة صحيح، فإذا تبيّن انتفاؤه وخلوها من الكمال لم يكن النكاح باطلاً؛ لأن فقد الشرط لا يقتضي بطلانه، لكن يثبت للمشروط الخيار؛ لأن فوات الشرط يقلب العقد اللازم جائزاً.

ولـو اشترط شيئاً من الصفات التي لاتعد كمالاً، كما لو شرط كونها قبيحة الصورة أو جاهلة بتدبير المنزل، فالمتجه صحة الشرط؛ لأن الغرض قد يتعلق بذلك.

وليس فيه منافاة للكتاب ولا للسنة، فلو انتفى الشرط وظهر الاتصاف بالضد ـ ففي المثال المذكور ظهر كونها جميلة أو عالمة بتدبير المنزل ـ ففي ثبوت الخيار في ذلك وامثاله عند المصنف اشكال ينشأ: من أن ثبوت الخيار وسيلة الى التخلص من النقص ولا نقص هنا فلا خيار، ومن أن فوات الشرط المحكوم بصحته لو لم يثبت به الخيار كان الاشتراط وعدمه سواء، وهو معلوم البطلان.

وتنقيح المقام أن صفة النقص قد يقارنها ما يلحقها بصفة الكمال، ويتعلق بها

. . . .

الغرض كما يتعلق بصفة الكمال، كما لو كان الرجل مثلاً كثير الاسفار، وليس له من يخلفه في أهله، فرغب في قبيحة المنظر لتكون أبعد عن تطلع الأجانب اليها.

وكذا لو خشي من حذق الزوجة في أمور المنزل لحوق بعض المتاعب له بطمع بعض المتغلبين، ونحو ذلك.

وذهب الشارح الفاضل ولد المصنف الى بطلان هذه الشروط، محتجاً ببعد النكاح عن قبول الخيار قال: وإنما يصح شرط الحرية والنسب والبكارة، وما يرى هذه في الكفارة للنص[١].

ولقائل أن يقول: إن النص لم يرد بثبوت الخيار باشتراط البكارة، فيكون اشتراطه خروجاً عن النص، ومع ذلك فالكتاب والسنة واردان بصحة الشرط السائغ، الذي لاينافي مقتضى النكاح، ويلزم منه ثبوت الخيار بفواته، فيكون الخيار حينئذٍ ثابتاً بالنص، فلا يتم ما ذكره.

ولو سلّم فالبعيد عن النكاح اشتراط الخيار، لا اشتراط ما يقتضي فواته الخيار، فحينئذٍ القول بثبوت الخيار في نحو ذلك ليس بذلك البعيد.

وقول المصنف: (نعم لو تزوجها...) المراد به أنه اذا تزوج امرأة وشرط كونها كتابية، وكان النكاح متعة عندنا ودواماً على رأي من يجوز نكاح الكتابية دواماً، فظهرت مسلمة، فإن هذا الشرط لا يوجب فواته الخيار، بخلاف غيره من الشروط المتعلقة بصفات النقص، فإن فيها اشكالاً عند المصنف، فيكون هذا الشرط مستثنى من عموم الكلية السابقة، فإن لفظ نعم في مثل هذا التركيب للاستدراك.

ووجهه أن اشتراط صفة الكفر وعدم الرضى بالاسلام ظاهره ترجيح الكفر على الاسلام، وذلك من الأمور الشنيعة المستهجنة شرعاً، فيناسب كون هذا الشرط

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ١٨٩.

ج: لو تزوج العبد على أنها حرة فظهرت أمة فكالحر ،فإن فسخ قبل

باطلاً، وآنفا ذكره وهو كلام وجيه.

وينبغي أن يكون ما جرى مجراه كذلك، كما لو شرط كونها غير عفيفة نعوذ بالله من ذلك فظهرت عفيفة؛ لأن هذا الشرط ينافي المروءة.

وعند التحقيق فليس هذا النوع من الشروط بسائغ شرعاً، فإن ما خالف الدين والمروءة فهو مخالف للكتاب والسنة.

ثم تنبه لشيء وهو أن تقييد المصنف النكاح اذا شرط كون المنكوحة كتابية بكونه متعة على رأيه، أو دواماً على رأي قوم آخرين، يشعر بأنه لو تزوجها دواماً وشرط كونها كتابية لا يصح النكاح عنده، وبه صرح الشيخ في المبسوط[1].

وجهه أن العقود تابعة للقصود، فإذا عقد على امرأة دواماً وقد شرط كونها كتابية، فقد عقد على من يعتقد بطلان عقدها، فيكون قاصداً إلى عقد يعتقد بطلانه، فيجب أن يكون باطلاً.

ويطرد هذا الحكم فيما لو طلق طلاقاً يعتقد بطلانه، أو يتردد فيه للتردد في حصول شرطه،كما لو لم يعلم انتقالها من طهر الى آخر، حيث يشترط ذلك لانتفاء قصده الى عقد صحيح، والقصد معتبر اتفاقاً.

وقد حكى المصنف في التحرير [2] قول الشيخ في المبسوط ولم يفت بشيء.

ولقائل أن يقول: إن المقدمة القائلة أن القصد الى العقد الفاسد يمنع صحته مسلّمة، لكن لا نسلم أن من تزوج امرأة دواماً على أنها كتابية قاصداً إلى عقد فاسد؛ لأنه لا يلزم من اشتراط كونها كتابية اعتقاد كونها كذلك بحسب الواقع، والأصل في المكلف في بلاد الاسلام أن يكون مسلماً، والأصل من الأمور المقطوع بها شرعاً.

قوله: (ج: لو تزوّج العبد على أنها حرة فظهرت أمة فكالحر، فإن

(١) المبسوط ٤:٢٥٤.

(٢) التحرير ٢:٣١.

الدخول فلا شيء، وبعده المسمّى على سيده أو في كسبه، ويرجع به على المدلّس ويكون للمولى.

ولو اعتق قبل الفسخ فالأقرب أن المرجوع به للعبد،

فسخ قبل الدخول فلا شيء، وبعده المسمّى على سيده أو في كسبه ويرجع به على المدلس و يكون للمولى، ولو اعتق قبل الفسخ فالأقرب أن الرجوع به للعبد).

أي: لو تزوج عبد امرأة على أنها حرة، إما بأن شرط ذلك في عقد النكاح، أو سبق الاخبار بحريتها قبله، ثم جرى العقد على ذلك فظهرت أمة، فالحكم هنا كما سبق فيما اذا تزوج الحر على أنها حرة في ثبوت الخيار في كل من الصورتين عند المصنف كما اختاره سابقاً، وقد حققنا البحث واستوفينا الكلام فيه فلا حاجة الى اعادته.

وليس لقائل أن يقول: إن المتجه هنا عدم الخيار؛ لتكافؤ الزوجين في كون كل منهما رقاً، بخلاف الحر؛ لأن المقتضي للفسخ هو الغرور بالعقد على من شرطت حريتها فظهر خلاف الشرط، أو وصفت بالحرية بحيث جرى العقد على ذلك ثم تبيّن العدم لا عدم التكافؤ ، فيجب ثبوته وهو حق للعبد، ولو ظهر بعضها رقا فكالرقية جميعاً.

اذا تقرر ذلك فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر، وإن فسخ بعده فالمسمّى على السيد إن كان النكاح باذنه أو في كسبه على ما سبق بيانه في نكاح الاماء، فإذا حصل الفسخ وغرم السيد المهر يرجع به على المدلس ويكون للمولى لامحالة؛ لأن العبد لا يملك.

ولو اعتق العبد قبل الفسخ ثم حصل الفسخ بالنسب المذكور فالأقرب عند المصنف أن الرجوع بالمهر في هذه الحالة على المدلس للمعتق.

. . . .

ووجه القرب: إن الأصل في العوض وجوبه على من ملك المعوض، فإن ذلك مقتضى المعاوضة، وإنما يجب على غير المعاوض كما في المملوك اذا زوجه مولاه فإنه لا يملك شيئاً، فإذا وقع النكاح باذن المولى وجب عليه المهر لئلا يلزم الاضرار بالزوجة.

وكذا اذا زوّج الأب ابنه الصغير المعسر، فإذا دفع الأب والمولى المهر كان دفعه عن الابن والعبد؛ لأنه وإن وجب عليهما إلّا أن الوجوب بالتحمل للعارض، فإذا طلق الابن بعد بلوغه رجع نصف المهر اليه؛ لأن دفعه عنه في قوة الهبة له وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

وكذا القول في العبد اذا طلّق بعد عتقه فإنه يستحق نصف المهر، ولأن المهر قد خرج عن ملك المولى بدفعه الى الزوجة وملكته، فإذا اقتضى الفسخ ملكه كان ملكاً مبتدأً ناشئاً عن اخراج المعوض عن الملك فيكون للمعتق؛ لأنه في مقابله، ولأن وجوبه بسبب فسخ النكاح وهو متعلق بالمعتق، ولا تعلق للمولى به فيكون له كسائر ما يكتسبه بعد الحرية؛ لأن المانع من ملكيته ـ وهو رقه ـ منتف.

ويحتمل عوده الى المولى؛ لأن المقتضي لوجوبه ـ وهو العقد ـ وقع متزلزلاً فيكون وجوبه متزلزلاً، فإذا حصل الفسخ عاد الى المولى؛ لعدم انقطاع علاقته به.

وفيه ضعف؛ لأن وجوبه ثبت واستقر بالدخول وانقطعت علاقة المولى عنه، وتزلزل العقد لايقتضي تزلزله؛ لأن الواجب بالفسخ غيره.

وقد يوجه الاحتمال بأن المهر لم يدخل في ملك العبد بحال حين دفعه المولى؛ لأنه لا يملك فلا يعود إليه.

وفيه نظر؛ لأن وجوبه على المولى بالتحمل عن العبد فله به علاقة، وعدم ملكه إياه لوجود المانع وهو الرقية لايمنع ملكه إياه بسبب الفسخ الذي هو حقه بعد زوال المانع، ومن هذا يظهر أن ما قربه المصنف قريب.

ثم إن كان الغـار الـوكيل رجع بالجميع، وإن كانت هي فكذلك تتبع به؛ لأنه ليس برجوع في المهر؛ لأن المهر استحقه السيد ورجوعه يكون في ذمتها.

ولو حصل منها رجع بنصفه على الوكيل حالاً، ونصفه عليها تتبع به.

قوله: (ثم إن كان الغار الوكيل رجع بالجميع، وإن كانت هي فكذلك يتبع به؛ لأنه ليس برجوع في المهر، لأن المهر استحقه السيد ورجوعه يكون في ذمتها، ولو حصل منها رجع بنصفه على الوكيل حالاً ونصفه عليها يتبع به).

بعد تحقق ما سبق ينظر في الغار في كل موضع يحصل الفسخ،فإما أن تكون الأمة، أو وكيلها، أو سيدها.

فإن كان الوكيل رجع عليه بالجميع؛ عملاً بمقتضى التغرير. وكذا إن كانت هي؛ لأن الرجوع عليها ليس رجوعاً بالمهر الذي حقه أن يدفع الى الزوجة؛ لأن المهر استحقه السيد حتى لو كانت عينه باقية لم تسترد، وإنما هو رجوع بعوض المهر الذي أوجبـه التدليس فلا يسقط عنها منه شيء ولا يطلب منها في الحال؛ لأن ما بيدها للمولى، بل يتبع به اذا اعتقت وأيسرت.

ولـو كان التغـرير بفعلها أو فعل الوكيل فالغرم عليها، إلّا أنه يرجع على الـوكيل بالنصف في الحال إن شاء، وأما هي فإنما يرجع عليها بالنصف الآخر اذا اعتقت وايسرت.

ولا يخفى أن لفظة: (حالاً) في عبارة الكتاب ينبغي أن تكون مخففة؛ لأنها في مقابل الرجوع على الأمة في مستقبل الزمان اذا اعتقت.

وبقي قسم ثالث، وهو ما اذا كان الغار هو السيد ولم يلزم من تغريره عتق الأمة، فإن الرجوع عليه بالمهر إلّا بأقل ما يمكن أن يكون مهراً على اقرب القولين.

ولو أولد كان الولد رقاً لمولاه إن كان المدلّس سيدها، أو أذن لها مطلقاً، أو في التزويج به أو بأي عبد.

ولو لم يكن قد دفع إليه وقع التقاص فيما عدا الأقل المذكور فإنه متحتم اللزوم ولو لزم تغريره عتقها فلا فسخ.

قولـه: (ولو أولد كان الولد رقاً لمولاه إن كان المدلّس سيدها، أو اذن لها مطلقاً، أو في التزويج به، أو بأي عبد).

أي: لو أولـد العبـد المذكور الأمة التي اشترطت حريتها، فإما أن يكون النكاح باذن مولاها، اما لكونه هو الذي دلّسها، أو لأنه اذن لها في التزويج مطلقاً، بحيث يتناول تزويجها بعبد أو حر، فيكون تزويجها بهذا العبد داخلاً في اطلاق اللفظ. أو لأنه اذن لها في التزويج بهذا العبد بخصوصه أو بأيّ عبد كان. أو لا يكون باذنه اصلاً، فإن كان باذن مولاها فالولد لمولى العبد؛ لأن الولد الحاصل بنكاح المماليك لمن لم يأذن من المولين اذا اذن الآخر، وإن اذنا أو لم يأذن واحد منهما فالولد لهما معاً.

وها هنا كلامان:

احدهما: إن قضية كلام المصنف أن نكاح العبد كان باذن المولى، ولولا ذلك لم يجب المسمّى على السيد أو في كسب العبد ولم يكن لفسخ النكاح موقع؛ لأنه حينئذٍ يكون فاسداً، وعلى هذا فكيف يستقيم قوله: (ان الولد رق لمولى الزوج).

الثاني: ذهب الشيخ في المبسوط إلى أ ن الولد في الصورة المذكورة حر محتجاً بأن العبد إنما دخل في العقد على ذلك؛ لأن المفروض أنه تزوجها على انها حرة، وولد الحرة حر وإن كان الزوج رقيقاً، وأوجب عليه قيمة الولد يوم سقوطه حياً لمولى الأمة.

وحكى أن في محل وجـوبهـا ثلاثة اقوال: احدها في كسبه، والثاني في رقبته، والثالث في ذمته[1].

---

(١) المبسوط ٤: ٢٥٦.

د: لو غرّتـه المكاتبة، فإن اختار الامساك فلها المهر، وإن اختار الفسخ فلامهر قبل الدخول، وبعده إن كان قد دفعه رجع بجميعه أو به، إلّا باقل ما يمكن أن يكون مهراً، وإن لم يدفع فلا شيء أو يجب الأقل.

قال المصنف في التحـرير: وهـذه الأقوال للجمهور، وقد حكى المصنف في التحرير قول الشيخ[1] ولم يصرح باختيار شيء، وكلامه وكلام المصنف هنا محل النظر والتأمل، واعلم أن حكم المدبرة وأُم الولد حكم القنّة.

قولـه:(لو غرته المكاتبة: فإن اختار الامساك فلها المهر، وإن اختار الفسـخ فلا مهر قبل الدخول، وبعده إن كان دفعه رجع به أو بجميعه، إلّاأقل ما يمكن أن يكون مهراً، وإن لم يدفعه فلا شيء أو يجب الأقل).

أما وجوب المهر مع اختيار الامساك؛ فلأنه قد رضي بالنكاح حينئذٍ فيجب المسمّى، وإن اختار الفسخ وقد دخل ودفع المهر رجع عليها به لتدليسها. وعلى القول الآخر يستثنى لها أقل ما يمكن أن يكون مهراً؛ لأن الوطء المحترم يجب أن لا يخلو عن عوض، وقد تقدّم الكلام عليهما مستوفى.

ومع عدم الدفع فهل يجب دفع الأقل أم لا يجب شيء أصلاً؟ فيه القولان، وإنما افرد المكاتبة؛ لأنها كالحرة في ذلك، فإن المهر حق لها كالحرة؛ لانقطاع سلطنة المولى عنها مع كونها رقيقة، بخلاف القنة ومن جرا مجراها؛ لأن المهر في نكاحهن للمولى لا لهن، فإذا اقتضى التغرير الرجوع عليهن رجع بجميع المهر، إلّا أن مقتضى التغرير الرجوع على السيد،فإنه يرجع عليه بما عدا الأقل على الخلاف، والأمر في المكاتبة كالحرة وإليه الاشارة بقوله: (ولو غره الوكيل رجع عليه بالجميع).

فإن الوكيل صادق على السيد. لأنه لا يجوز له تزويجها إلّا باذنها.واعلم أن الضمـير في قوله في أول البحث: (لو غرته المكاتبة) يرجع الى ما دل عليه سوق

---

(١) التحرير ٢: ٣٠.

ولو غرّه الوكيل رجع عليه بالجميع. ولو أتت بولد فهو حر؛ لأنه دخل على ذلك ويغرم قيمته، ويتبع في الاستحقاق أرش الجناية على ولد المكاتبة.

الكلام، وهو المتزوج بها، ويظهر منه أن الزوج حر، فإن المفهوم من قوله: (إن كان قد دفعه رجع بجميعه) ذلك، وكذا ما بعده.

قوله: (ولو أتت بولد فهو حر؛ لأنه دخل على ذلك ويغرم قيمته، ويتبع في الاستحقاق أرش الجناية على ولد المكاتب).

أي: لو أتت المكاتبة المتزوجة بحر على أنها حرة بولد فالولد حر؛ لأن الزوج دخل في العقد على ذلك، لأنه وقع على أنها حرة، ولأنه لو وطأ أمة الغير ظناً على أنها أمته أو زوجته الحرة كان الولد حراً فهنا أولى؛ لانتفاء الشرط ثم وثبوته هنا. لكنه يغرم قيمته؛ لأنها رقيقة في الواقع، فيكون با ستيلاده اياها قد فوته على المولى.

ولا فرق في ذلك بين أن يتخيّر العقد أو الفسخ، ويرجع بها على الغار؛ لأنه لم يدخل على ضمانها، بخلاف المهر فإنه اذا لم يفسخ النكاح لم يرجع به؛ لأنه دخل على ضمانه عوضاً لمنافع البضع، وفي مستحق هذه القيمة خلاف مبني على أن المستحق لأرش الجنايات على ولد المكاتبة هل هو السيد أو الأم.

فإن قلنا السيد فالقيمة هنا له، فإن كان الغار الوكيل رجع عليه الزوج بكمالها، وإن كانت هي رجع عليها بما في يدها؛ لأنه كالدين عليها.

وإن قلنا الأم فكذا هنا، فإن كان الغار الوكيل رجع عليه بجميعها، وإن كانت هي وقع التقاص .

واعلم أن الضمير في قول المصنف:(ويتبع في الاستحقاق...) يرجع الى القيمة، ومعناه أن القيمة تتبع أرش الجناية في استحقاق المستحق، فمن ثبت كونه المستحق للأرش في الجناية فهو المستحق هنا بغير تفاوت.

ولـو ضربها أجنبي فألقته لزمه دية جنين حر لأبيه، فإن كان هو الضارب فللأقرب إليه دونه، وإلاّ فللامام، وعلى المغرور للسيد عشر قيمة أمة إن قلنا إن الأرش له.

قوله: (ولو ضربها اجنبي فالقته لزمه دية جنين حر لأبيه، فإن كان هو الضارب فللأقرب إليه دونه، وإلاّ فللامام، وعلى المغرور للسيد عشر قيمة أمة إن قلنا إن الارش له).

ما سبق حكم ما اذا خرج الولد حياً، أما اذا ألقته ميتاً، فإن كان بغير جناية جان فلا شيء على الزوج: لأنه لا قيمةللميت ، نعم لو نقصت لزمه أرش نقصها.

وإن كان بجنـاية جان، فإن كان الجـاني أجنبياً لزمه مع الكفارة دية جنين حر ؛ لانعقاده حراً، وسيأتي بيانها في الديات إن شاء تعالى.

ويستحقها أبو الجنين وهو المغرور دون الأُم؛ لأنها مكاتبة فلا ترث، وحينئذٍ فيضمن دية جنين أمة وهي عشر قيمة الأُم للسيد أو المكاتبة على اختلاف القولين؛ وذلك لأن الجنين في هذه الحالة انفصل مضموناً للمغرور فيضمنه، لأنه يقوّم له فيقوّم عليه، كما أن العبد الجاني إذا قتل تعلق حق المجنى عليه بقيمته، ولو مات لم يكن على السيد شيء[1] في قول ؛ لأن المغرور لا يضمن، لأنه لا قيمة للميت، واختاره الشيخ في المبسوط[2]، والمصنف في التحرير[3].

اذا تقرر ذلك فعشر قيمة الأُم لا يخلو: إما أن يكون بقدر دية جنين الحر، أو أنقص. فإن كان بقدرها أو أنقص فلا بحث في كونه هو الواجب، وإن كان اكثر فوجهان:

---

(١) في نسخة «ض»: لم يكن عليه شيء.

(٢) المبسوط ٤:٢٥٧.

(٣) التحرير ٢:٣٠.

أحدهما: وهو الظاهر من عبارة المصنف حيث اطلق وجوب العشر؛ لأنه لو انفصل رقيقاً بالجناية لوجب على الجاني عشر قيمة الأم، فإذا فوت ذلك غرمه لمستحقه من السيدوالأم،كما أنه يستحق قيمته عندانفصاله حيّاًوإن زادت على الدية.

والثاني: إنه ليس له إلّا قدر دية الجنين الحر؛ لأن سبب غرامة الميت هو الجناية الموجبة لدية جنين الحر، فلا يزيد الفرع على أصله فيكون الواجب أقل الأمرين.

وهذا بناءً على امكان زيادة دية جنين الأمة على جنين الحرة أو وجوب العشر، وتحقيقه في بابه هذا اذا كان الجاني اجنبياً، فإن كان هو المغرور لزمه دية جنين حر ولا يرثها؛ لأنه قاتل بل يكون لمن يليه في الاستحقاق وهو الاقرب اليه، فإن لم يكن غيره فهي للامام عليه السلام وعليه عشر القيمة كما اطلقه المصنف، أو أقل الأمرين منه ومن دية جنين الحر على ما سبق.

وعلى ما اختاره الشيخ في المبسوط[1] والمصنف في التحرير[2] من عدم وجوب شيء سوى دية الجنين الحر لايجب العشر، فإن اوجبناه فهو للسيد إن قلنا ارش الجناية على ولد المكاتبة للسيد، والى ذلك اشار المصنف بقوله: (وعلى المغرور للسيد عشر قيمة أمة ان قلنا إن الارش له).

ومراده بذلك وجوب العشر في الصورتين المذكورتين، وهما القاء الجنين بضرب الأجنبي لها، والقاؤه بضرب الزوج، وسكت عما اذا لم نقل بأن الأرش للسيد استغناء بقوله فيما تقدم: (ويتبع في الاستحقاق أرش الجناية على ولد المكاتبة).

قوله: (لا يرجع بالغرامة على الغار إلّا بعد أن يغرم القيمة أو المهر

---

(١) المبسوط ٤: ٢٥٧.

(٢) التحرير ٢: ٣٠.

للسيد؛ لأنه إنما يرجع بها غرمه.

للسيد؛ لأنه إنما يرجع بما غرمه).

وكذا لو رجع الشاهدان باتلاف مال أو جناية بعد الحكم لم يرجع المحكوم عليه عليهما إلاّ بعد الغرم.

وكذا الضامن يرجع بعد الدفع، وللمغرور مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة المرأة او السيد،كما أن الضامن يطالب المضمون عليه بالتخليص.

هنا أحكام ذكر بعضها استطراداً:

الأول: لا يرجع المغرور على الغار بالغرامة اللازمة له في هذا الباب جميعه إلاّ بعد أن يغرمها، فلا يرجع بالمهر على المدلس ولا بقيمة الولد حيث يجبان، وكذا النفقة إن جوزنا الرجوع بها إلاّ اذا دفع ذلك إلى مستحقه؛ لأن سبب الرجوع هو الغرم مع الغرور ولايتقدم المسبب على السبب، وبجواز سقوطه عنه بابراء ونحوه.

ويمكن أن يكون هذا الحكم متعلقاً بمسألة المكاتبة لاتصالها بها، ولأن قيمة الولد مذكورة في هذه المسألة وحكم باقي مسائل الباب يستفاد بالملامحة.

الثاني: لو شهد الشاهدان على انسان باتلافه مالاً لآخر، أو بصدور جناية منه عليه، فحكم الحاكم بذلك لعدالتهما عنده،ثم رجعا عن الشهادة بعد الحكم، فعليهما الغرم، لكن إنما يطالبهما المحكوم عليه بعد أن يغرم على ما سبق.

الثالث: قد سبق أن الضمان ناقل للدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن، فإنه اذا كان الضمان باذن المضمون عنه استحق الضامن الرجوع عليه، لكن إنما يرجع عليه بعد دفع الدين.

وكذا الحكم اذا ظهر استحقاق المبيع بما غرم المشتري الجاهل عوض المنافع التي استوفاها، فإنه يرجع بها على البائع، ورجوعه إنما يكون بعد غرمه. وقول

وكذا لو رجع الشاهدان باتلاف مال أو جناية بعد الحكم لم يرجع المحكوم عليه عليهما إلاّ بعد الغرم، وكذا الضامن يرجع بعد الدفع.

وللمغرور مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة المرأة أو السيد، كما أن الضامن يطالب المضمون عنه بالتخليص.

و: لو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها، أعلى أو أدون، فالأقرب أنه

المصنف: (وللمغرور مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة المرأة أو السيد...) معناه أن المغرور وإن كان لا يرجع بما يوجب التغرير من الغرم حتى يغرم، لكن له مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة المرأة بالمهر، حيث تكون حرة أو مكاتبة، أو مطالبة السيد اذا كانت أمة.

وذلك كما يطالب الضامن المضمون عنه بالتخليص حيث يكون الضمان باذنه، فإنه وإن لم يكن له عليه رجوع بالمال المضمون إلاّ بعد أدائه، لكن له هذا القدر من الارتفاق، وهو مطالبته بالتخليص منه؛ لأنّ ابراء ذمته من المطالبة وقطع السلطنة عنه غرض مطلوب.

والظاهر أن مراده التنبيه على استحقاق المغرور مطالبة الغار بالتخليص في المسائل الثلاث التي ذكرها، إلاّ أنه لم يذكر سوى مطالبة المرأة والسيد، وكأنه أخرج ذلك مخرج المثال.

واعلم أن المصنف ذكر في الضمان أنه ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بالتخليص قبل المطالبة، وذكر في استحقاق مطالبته اذا طولب ولما يغرم اشكالاً. وهنا اطلق استحقاقه المطالبة بالتخليص، ولا يستقيم الاطلاق بل ينزل على ما اذا طولب، فيكون رجوعاً عن الاشكال الذي ذكره في الضمان الى الجزم.

قوله: (لو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها أعلى أو ادون فالأقرب

لا فسخ، وكذا المرأة.

نعم لو شرط أحـدهما على الآخر نسباً فظهر من غيره، كان له الفسخ؛ لمخالفة الشرط، وكذا لو شرط بياضاً أو سواداً أو جمالاً.

انه لا فسخ، وكذا المرأة. نعم لو شرط أحدهما على الآخر نسباً فظهر من غيره كان له الفسخ لمخالفة الشرط، وكذا لو شرط بياضاً أو سواداً أو جمالاً).

اذا انتسب الرجل الى قبيلة فعقد له النكاح، ثم ظهر أنه ليس منها، سواء كان أعلى أو أدون، فإما أن يشترط مع ذلك كونه من القبيلة في عقد النكاح أو لا، فهنا مبحثان:

الأول: أن لا يشترط ذلك في العقد، وفي حكمه أقوال للأصحاب:

أ: انه يبطل بذلك النكاح، اختاره الشيخ في النهاية[١]، وابن الجنيد[٢]، وابن حمزة[٣]، وجعله ابن البراج في كتابيه رواية[٤].

وسيأتي أن الرواية لا تدل على البطلان وانما تدل على ثبوت الفسخ، ولعل ذلك مرادهم. وكلام المصنف في المختلف[٥] يدل على ذلك حيث حكى عن المبسوط مثل ما حكاه عن ابن البراج، فإنه في المبسوط حكى القول بالخيار ثم قال: وقد روي ذلك في اخبارنا[٦].

---

(١) النهاية: ٤٨٩.

(٢) المختلف: ٥٥٥.

(٣) الوسيلة: ٣٦٧.

(٤) المهذب ٢: ٢٣٩.

(٥) المختلف: ٥٥٥.

(٦) المبسوط ٤: ١٨٩.

ب: عدم البطلان والخيار، اختاره في المبسوط[1]، وكذا ابن ادريس[2]، والمصنف هنا، وهو الاصح؛ لأن الخيار على خلاف الأصل، فيجب التمسك بلزوم النكاح.

فإن قيل: قد روى الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام، قال في رجل يتزوج المرأة فيقول: أنامن بني فلان فلا يكون كذلك، قال: «يفسخ النكاح أو قال ترد»[3] كان الشك من السائل.

وجه الاستدلال بها: أنه حكم بثبوت الفسخ لأجل مخالفة القول المذكور، وذلك ينافي المدعى.

قلنا: لا دلالة فيه؛ لأن الظاهر من قوله: فيقول الى آخره انه تفصيل لقوله: يتزوج، على حد قول القائل: توضأ فغسل وجهه وذراعيه الى اخره، وقوله: صلى فحرم وقرأ الى اخره، فيكون الظاهر منه وقوع هذا اللفظ في العقد وذلك غير محل النزاع.

ج: ثبوت الخيار إن بان أدنى من المرأة بحيث لا يلائم شرفها، اختاره المصنف في المختلف، واحتج عليه بلزوم الضرر الحاصل من الغضاضة والنقص وبالرواية المتقدمة[4].

فأما الرواية فقد بيّنا ما فيها، وأما الضرر فلا نسلم بلوغه مرتبة يقتضي ثبوت الخيار، على أنها بتفريطها في استعلام الحال وتعويلها على مجرد اخباره معرضة نفسها لهذا الضرر، فكيف تسلط على فسخ النكاح بذلك البحث.

الثاني: أن يشترط ذلك في العقد، وحينئذٍ يثبت الفسخ بظهور الخلاف، صرح

---

(١) المبسوط ٤:١٨٩.

(٢) السرائر: ٣٠٨.

(٣) التهذيب ٧:٤٣٢ حديث ١٧٢٤.

(٤) المختلف: ٥٥٥.

. . . .

به المصنف وابن ادريس [١]، وحكى الشارح الفاضل ولد المصنف فيه الاجماع[٢]، وقد بيّنا دلالة الرواية عليه.

اذا عرفت ذلك فهل حكم المرأة حكم الرجل في هذا كله ؟ صرح المصنف هنا باستوائها في ذلك، وحكاه في المختلف عن ابن الجنيد[٣] وابن حمزة[٤]، وهو واضح.

وأما الشرط فظاهر؛ لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[٥] وأما مع العدم؛ فلانتفاء المقتضي.

وكذا الحكم فيما لو شرط احدهما على الآخر بياضاً أو سواداً فظهر ضدّه.

وكذا الحكم فيما لو شرط أحدهما على الآخر جمالاً فظهر الخلاف، فإن المشترط يتسلط على الفسخ بذلك، صرح المصنف بذلك، ونص عليه ابن ادريس [٦]، إلّا أن المصنف ذكر سابقاً اشكالاً لو ظهر خلاف الوصف وكانت اعلى،وكلامه هنا مطلق فيحتمل أنه اعتمد على التفصيل السابق فاطلق هنا.

ويحتمل أن يكون رجوعاً عن الاشكال الى الجزم بثبوت الخيار.

والظاهر أن اشتراط الصنعة كاشتراط القبيلة وفاقاً لابن الجنيد[٧]، وتقريبه ما سبق.

---

(١) السرائر: ٣٠٩.

(٢) ايضاح الفوائد ٣:١٩٢.

(٣) المختلف: ٥٥٥.

(٤) الوسيلة: ٣٦٧.

(٥) التهذيب ٧:٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣:٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(٦) السرائر: ٣٠٩.

(٧) المختلف: ٥٥٥.

المقصد الثاني: في المهر، وفيه فصول:

الأول: في الصحيح: وهو كل مملوك يصح نقله عيناً كان أو منفعة، وإن كانت منفعة حر كتعليم صنعة، أو سورة، أو عمل محلل، أو اجارة الزوج نفسه مدة معينة على رأي، سواء كانت معيّنة أو مضمونة.

قوله: (المقصد الثاني: في المهر وفيه فصول:

الأول: في الصحيح: وهو كل مملوك يصح نقله عيناً كان أو منفعة وإن كانت منفعة حر كتعليم صنعة أو سورة أو عمل محلل أو اجارة الزوج مدة معينة على رأي، سواء كانت معيّنة أو مضمونة).

المقصد الثاني من توابع النكاح في المهر، وإنما كان المهر من التوابع؛ لأنه ليس ركناً في العقد، ولهذا يجوز اخلاؤه منه بل اشتراط عدمه.

ولها أسماء منها الصدقة، قال الله تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾[1].

ومنها الأجر، قال تعالى: ﴿فآتوهن أُجورهن﴾[2].

ومنها العليقة، روي أنه صلى الله عليه وآله قال: «ادوا العلائق» قيل: وما العلائق ؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون»[3].

ومنها العقر، ومنها النحلة، والحيا، والفريضة، والصداق، يقال: اصدقتها ومهرتها، ويقال: أمهرتها أيضاً.

والمهر وإن لم يكن ركنا في النكاح إلّا أن الواجب تسميته مهراً ؛ لئلا يشبه نكاح الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وآله، وليكون ادفع للخصومة والمنازعة. وليس للصداق مقدّر، بل كل ما يتموّل يجوز جعله صداقاً، وبعض العامة قدره بنصاب

---

(١) النساء: ٤.

(٢) النساء: ٢٤.

(٣) سنن البيهقي ٧: ٢٣٩، عوالي اللآلي ١: ٢٢٩ حديث ١٢٤.

. . . .

السرقة[١].

وقد ضبطه المصنف بأنه: (كل مملوك يصح نقله، عيناً كان أو منفعة).

واحترز بـ(المملوك) عما لا يملك أصلاً، وعما هو مملوك للغير. وبما يصح نقله عن الوقف وما جرى مجراه، ولابدّ من تقييده بكونه بحيث يعد مالاً في العادة، فحبة الحنطة ونحوها مملوك يصح نقله ولا يجوز جعله مهراً؛ لكونه لا يعد مالاً.

ولا فرق في ذلك بين العين والمنفعة؛ لأنها مال، حتى منافع الحر كتعليم صنعة محللة، أو سورة من القرآن، وما دونها مما يقع عليه الاجارة، أو غيره من الحكم والآداب والشعر، أو عمل مقصود محلل، أو اجارة الزوج نفسه مدة معيّنة، سواء تشخص زمانها أم لا.

ولا خلاف في ذلك كله، سوى العقد على منفعة الزوج، فإن الشيخ رحمه الله في النهاية منع من العقد على المرأة على عمل من الزوج لها أو لوليها[٢]، وتبعه ابن البراج في الكامل[٣]، وهو الظاهر من كلام ابن حمزة[٤].

وذهب الشيخ في المبسوط[٥] والخلاف[٦]، والمفيد[٧]، وابن الجنيد[٨]، وسلار[٩]،

---

(١) قاله أبو حنيفة، اُنظر: المغني لابن قدامة ٨:٥، الشرح الكبير ٨:٥.

(٢) النهاية: ٤٦٩.

(٣) ذكره في المهذب ٢:٢٠١.

(٤) الوسيلة: ٣٤٧.

(٥) المبسوط ٤:٢٧٣.

(٦) الخلاف ٣:٢ مسألة ٣ كتاب الصداق.

(٧) المقنعة: ٧٨.

(٨) المختلف: ٥٤٢.

(٩) المراسم: ١٥٢.

وابن ادريس[١]، والمحقق نجم الدين[٢]،واكثر الأصحاب إلى الجواز، واختاره المصنف وهو الأصح.

لنا: إن الأصل الجواز، ولأن المقتضي للصحة ـ وهو كونها منفعة مقصودة محللة ـ موجود، والمانع منتفٍ إذ ليس إلّا كونها منفعة الزوج وهو غير صالح للمانعية.

وما تضمنته رواية سهل بن سعد الساعدي في التي وهبت نفسها للنبي صلّى الله عليه وآله من تزويجه إياها بما معه من القرآن[٣].

وجه الاستدلال بها: انه جعل القرآن الذي معه صداقاً لها، وهو غير ممكن، فالظاهر أنه جعل الصداق تعليمها إياه.

وما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: جاءت امرأة الى النبي صلّى الله عليه وآله فقالت: زوجني، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: «من لهذه»، فقام رجل: أنا يا رسول الله زوجنيها، فقال: «ما تعطيها؟»،فقال: مالي شيء، فقال: لا، فأعادت فأعاد رسول الله صلّى الله عليه وآله فلم يقم أحد غير الرجل، هكذا ثلاثا، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله في المرّة الثالثة: «اتحسن شيئاً من القرآن ؟» فقال: نعم،فقال: «قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن تعلمها إياه»[٤].

وهذا نص في الباب، وعمومات الكتاب والسنة يتناول ذلك.

احتج الشيخ بأن ذلك ربما افضى الى عراء البضع عن العوض بموته أو عجزه، وذلك باطل. وبما رواه أحمد بن محمد في القوي عن ابي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يتزوّج المرأة ويشترط اجارة شهرين، فقال: «إن موسى عليه

---

(١) السرائر: ٣٠١.

(٢) الشرائع ٢:٣٢٤.

(٣) سنن البيهقي ٧:٢٣٦، سنن الدار قطني ٣:٢٤٧ حديث ٢٩، سنن ابن داود ٢:٢٣٦ حديث ٢١١١.

(٤) الكافي ٥:٣٨٠ حديث ٥، التهذيب ٧:٣٥٤ حديث ١٤٤٤.

ولو عقد الذميان على خمرٍ أو خنزير صح، فإن أسلم أحدهما بعد

السلام قد علم انه سيتم له شرطه، فكيف لهذا بأن يعلم انه سيبقى حتى يفي، وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلّى الله عليه وآله يتزوج المرأة على السورة من القرآن وعلى القبضة من الحنطة»[1].

والجواب بعد تسليم السند أن هذا لازم في كل مهر شخصي، والجواب في الكل واحد.

واجاب ابن ادريس بأن شعيباً استأجر موسى عليه السلام ليرعى له لا لابنته، وقد كان هذا جائزاً في شرعهم وليس بجائز في شرعنا، والمتنازع فيه هنا هو إجارة الزوج نفسه لها فليس من ذلك في شيء[2].

ولقائل أن يقول: إن الظاهر من الرواية أن المانع من الصحة هو عدم العلم ببقائه.

وكيف كان فالمشهور هو المذهب، ثم ارجع الى عبارة الكتاب واعلم أنه أراد بالعين ما قابل المنفعة، سواء كانت متعيّنة أو مضمونة في الذمة.

ولا ريب أنه يشترط في جعل تعليم الصنعة مهراً كونها محللة وليس جواز صداق تعليم القرآن مقصوراً على السورة وإن لم يذكر غيرها. نعم يشترط أن لايكون لقلته بحيث لا يقابل بأُجرة. وأراد باجارة الزوج نفسه ضرباً من المجاز، وهو العمل الذي شأنه أن يستأجر عليه، وكما تضبط المنفعة بالمدة كذا تضبط بالتعيين كبناء جدار ونحوه.

قوله: (ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح، فان اسلم أحدهما

---

(١) الكافي ٥:٤١٤ حديث ١، التهذيب ٧:٣٦٦ حديث ١٤٨٣.

(٢) السرائر: ٣٠٠.

الدفع برىء الزوج، وقبله تجب القيمة عند مستحليه، سواء كان معيّناً أو مضموناً.

ولا يتقدر المهر قلة وكثرة على رأي، ما لم يقصر عن التقوم كحبة

بعد الدفع برىء الزوج،وقيل تجب القيمة عند مستحليه سواء كان معينا أو مضمونا).

اذا عقد الذميان ومن جرى مجراهما على ما لا يصح تملكه للمسلم كالخمر والخنزير صح فيما بينهم، فإن أسلم أحد الزوجين بعد دفع المهر المعقود عليه فلا شيء عليه للزوجة؛ لأن الزوج قد برىء بما دفعه قبل الاسلام، وفي قول لبعض العامة أن لها مهر المثل؛ لفساد ذلك القبض[1].

ولا فرق في ذلك بين كون المسلم هو الزوج أو الزوجة؛ لأن المسلم لا يجوز له دفع الخمر ديناً ولا قبوله كذلك، وإن كان اسلامه قبل الدفع لم يجز دفع المعقود عليه، ثم ما الذي يجب ؟ الأصح أنه تجب القيمة عند مستحليه، ويحتمل وجوب مهر المثل، ويحتمل وجوب المتعة بالطلاق قبل الدخول، وقد سبق تحقيق ذلك في نكاح الكفر.

ولا فرق في ذلك بين كون المهر المحرم معيناً أو ديناً مضموناً في الذمّة.

وذهب بعض العامة الى أنه لا شيء لها؛ لأنها رضيت بالخمر فيدام عليه حكم رضاها، وقد تعذر القبض بالاسلام فسقطت المطالبة[2].

وذهب بعض الى أن المسمّى إن كان معيناً وهو محرم لم يستحق غيره ولا رجوع الى مهر المثل[3].

قوله: (ولا يتقدر المهر قلة وكثرة على رأي ما لم يقصر عن التقويم

---

(١) انظر المنتقى ٣:٢٨٨.

(٢) انظر: المجموع ١٦:٣٣٢، المنتقى ٣:٢٨٨.

(٣) انظر: المنتقى ٣:٢٨٨.

حنطة.

كحبة حنطة).

لا خلاف عند اصحابنا في أن المهر لا يتقدر قلّة إلّا باقل ما يتملك، وأما الكثرة فالمشهور بين الأصحاب عدم تقديرها، فيصح العقد على ما شاء من غير تقدير ذهب إليه الشيخان[١]، وابن أبي عقيل[٢]، وسلار[٣]، وابو الصلاح[٤]، وابن البراج[٥]، وابن ادريس[٦]، وعامة المتأخرين[٧]، وهو الأصح.

قال المرتضى: انه لا يجوز تجاوز مهر السنة خمسمائة درهم جياد قيمتها خمسون ديناراً، فمن زاد على ذلك رد الى السنة[٨]، وهو ظاهر كلام ابن الجنيد[٩] وابن بابويه في الفقيه[١٠].

لنا قوله تعالى: ﴿وآتيتم إحديهن قنطاراً فلاتأخذوا منه شيئاً﴾[١١] والقنطار: المال العظيم من قنطرت الشيء اذا رفعته ومنه القنطرة.

وفي القاموس: القنطار بالكسر وزن اربعين اوقية من ذهب أو فضة والف دينار، أو الف ومائتا اوقية، أو سبعون ألف دينار، أو ثمانون ألف درهم، أو مائة رطل من ذهب أو فضة، أو ألف دينار أو ملء مسك ثور ذهبا أو فضة[١٢].

---

(١) المقنعة:٧٨، المبسوط ٤:٢٧٢.

(٢) المختلف:٥٤١.

(٣) المراسم: ١٥٢.

(٤) الكافي في الفقه:٢٩٣.

(٥) المهذب ٢:١٩٨.

(٦) السرائر: ٣٠٠.

(٧) منهم المحقق في الشرائع ٢:٣٠٥، والشهيد في اللمعة: ١٩٥.

(٨) الانتصار: ١٢٤.

(٩) المختلف: ٥٤١.

(١٠) الفقيه ٣:٢٥٣.

(١١) النساء: ٢٠.

(١٢) القاموس المحيط ٢:١٢٢.

. . . .

وعموم قوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾[١].

وكذا قوله تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾[٢].

وقوله تعالى: ﴿فآتوهن أجورهن﴾[٣].

وصحيحة الوشّاء عن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: «لو أن رجلاً تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً والذي جعله لأبيها فاسداً»[٤].

ولأنه نوع معاوضة فيتبع اختيار المتعاضدين في القدر كغيره من المعاوضات.

احتج السيد باجماع الطائفة المحقة، وبأن المهر يتبعه احكام شرعية، فإذا وقع العقد على مهر السنة فما دون ترتبت عليه الأحكام بالاجماع. وأما الزائد فليس عليه اجماع ولا دليل شرعي فيجب نفيه[٥].

وقد روى المفضل بن عمر قال: دخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقلت له: اخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن أن يجوزه ؟ قال: فقال: «السنة المحمدية خمسمائة درهم، فمن زاد على ذلك رد الى السنة ولا شيء عليه اكثر من الخمسمائة»[٦].

والجواب أن الدلائل الشرعية الدالة على جواز العقد على المهر وإن كان زائداً على السنة كثيرة موجودة في الكتاب والسنة فلا سبيل الى انكارها، ورواية المفضل

---

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) النساء:٤.

(٣) النساء: ٢٤.

(٤) التهذيب ٧/٣٦١ حديث ١٤٦٥، الاستبصار ٢٢٤:٢ حديث ٨١٠.

(٥) الانتصار: ١٢٤.

(٦) التهذيب ٣٦١:٧ حديث ١٤٦٤، الاستبصار ٢٢٤:٣ حديث ٨١٠.

وليس ذكره شرطاً، فلو أخل به أو شرط عدمه صح العقد، فإن دخل فلها مهر المثل.

وإنما يفيد ذكره التعيين والتقدير، فيشترط في صحته مع ذكره التعيين، إما بالمشاهدة وإن جهل كيله أو وزنه كقطعة من ذهب وقبة من طعام، أو

ابن عمر ضعيفة، فإن في طريقها محمد بن سنان،قال الشيخ: إنه مطعون عليه ضعيف جداً، وما يختص بروايته ولا يشركه فيه غيره لا يعمل عليه[1]، هذا كلام الشيخ، وحملها المصنف في المختلف على الاستحباب، قال: ومع الزيادة يستحب الرد بالابراء الى مهر السنة فإذا حصل الابراء لم يلزم اكثر منه[2]، وهو حسن.

قوله: (وليس ذكره شرطاً، فلو اخل به أو شرط عدمه صح العقد، فإن دخل فلها مهر المثل).

لما لم يكن للنكاح معاوضة حقيقية لم يكن ذكر الصداق في العقد شرطاً لصحته، إذ ليس بركن فيه، فعلى هذا لو حصل الاخلال بذكره عمداً أو سهواً أو عقدا مشترطين أن لا مهر صح؛ لعدم المنافي.

لكن اذا دخل بها وجب مهر المثل، والأخبار على ذلك مستفيضة، روى الشيخ عن منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام في رجل يتزوج امرأة ولم يفرض لها صداق قال: «لاشيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها»[3].

قوله: (وإنما يفيد ذكره التعيين والتقدير، فيشترط في صحته مع ذكره التعيين، إما بالمشاهدة وإن جهل كيله ووزنه كقطعة من ذهب وقبة من طعام،

---

(١) المصدرين السابقين.

(٢) المختلف: ٤٢٥ .

(٣) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٦، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٢١٣.

بالوصف الرافع للجهالة مع ذكر قدره إن كان ذا قدر، فلو أبهم فسد وصح العقد.

أو بالوصف الرافع للجهالة مع ذكر قدره إن كان ذا قدر، فلو أبهم فسد وصح العقد).

أي: ليس ذكر المهر شرطاً وإنما يفيد ذكره في العقد التعيين والتقدير، واذا كان كذلك فيشترط في صحة المهر مع ذكره التعيين ليخرج عن الجهالة، ويتحقق التعيين بأمرين:

أحدهما: المشاهدة وإن جهل كيله إن كان مكيلاً، ووزنه إن كان موزوناً فالأول كقبة من طعام، والثاني كقطعة من ذهب؛ وذلك لأن معظم الغرر يندفع بالمشاهدة، وليس النكاح من المعاوضات الحقيقية بحيث ينافيه هذا القدر اليسير من الغرر. لكن لو تلف قبل التسليم أو بعده وقد طلقها قبل الدخول امكن وجوب مهر المثل في الأول، وفي الثاني اشكال.

الطريق الثاني للتعيين: الوصف الرافع للجهالة، وإنما يرفع الجهالة استقصاء الصفات المعتبرة في بيع السلم وقد سبق ذكرها.

ويعتبر مع ذلك تقديره إن كان ذا قدر كقفيز من حنطة، بخلاف ما اذا لم يكن تعيينه محتاجاً الى تقدير كعبد تركي مثلاً، فإن ذكر صفاته كاف في تعيينه، فلو أبهم الزوجان الصداق بحيث ذكراه ولم يعيناه بواحد من الطريقين المذكورين فسد الصداق؛ لأن في النكاح شبه المعاوضة والمجهول يمتنع تسليمه وصح عقد النكاح؛ لما قررنا من أن الصداق ليس ركناً فيه، وانه يجوز اخلاؤه منه.

ثم ارجع إلى العبارة واعلم أن جملة: (وإنما يفيد ذكره التعيين) معطوف على جملة: (وليس ذكره شرطاً)، وقوله: (أو بالوصف الرافع للجهالة) معطوف على قوله: (اما بالمشاهدة).

وقوله: (وإن جهل كيله) وصلي لما قبله وفيه لف ونشر غير مرتب؛ لأن القبة

ولو تزوجهن بمهر واحد صح وقسط على مهور الأمثال على رأي.

من الطعام مما له كيل والقطعة من الذهب مما له وزن.

قوله: (ولو تزوجهن بمهر واحد صح وقسط على مهر الأمثال على رأي).

أي: لو تزوج رجل عدة نساء بمهر واحد صح النكاح والمهر؛ لانتفاء الجهالة حيث أن المجموع معلوم ولايضر جهالة استحقاق كل واحدة منهن، لأن العقد جرى على الكل، واستعلام حق كل واحدة منهن يحصل بأدنى تأمل، فعلى هذا كيف يقسم بينهن ؟ للأصحاب في كيفية ذلك قولان:

أحدهما: ـ واختاره الشيخ في المبسوط[1]، وتبعه ابن البراج[2] ـ انه يقسم بينهن بالسوية، فإن كن ثلاثاً فلكل واحدة ثلث المسمّى، ويوجه ذلك بمقابلة المهر لهن والتفاضل على خلاف الأصل.

وثانيهما: ـ واختاره المصنف هنا وفي المختلف وغيرهما[3]، وجمع من المتأخرين[4]، وهو الأصح ـ انه يقسط على مهور امثالهن وتعطي كل واحدة منهن ما يقتضيه التقسيط، كما اذا باع عبده وعبد غيره، أو جمع بين بيع ونكاح.

وذلك لأن العوض المالي اذا قوبل بعوض متقوم كانت القيمة ملحوظة، ومن ثم تكون زيادة العوض ونقصانه ناشئاً عن زيادتها ونقصانها غالباً، وقيمة البضع إنما هي مهر المثل، فيكون قسط كل واحدة من المسمّى بحسبه لا محالة.

---

(١) المبسوط ٤:٢٩٢.

(٢) المهذب ٢:٢٠٩.

(٣) المختلف: ٥٥٦ . التحرير ٢:٣٢.

(٤) منهم ولد العلّامة في الايضاح ٣:١٩٥.

ولو تزوجها على خادم أو بيت أو دار ولم يعيّن ولا وصف، قيل: كان لها وسط ذلك.

قوله: (ولو تزوجها على خادم أو بيت أو دار ولم يعين ولا وصف قيل: كان لها وسط ذلك).

القول المحكي في كلامه هو قول الشيخ في النهاية والمبسوط[1]، ويلوح من ابن ادريس اختياره[2] حيث أورده بصيغة وروي ولم يرده.

ويلوح من عبارة المصنف هنا عدم الصحة، وكذا في المختلف[3]، وتردد في التحرير[4]، وعلى البطلان فيصح النكاح ويجب مهر المثل.

حجة الأول: أما على الخادم والبيت بما رواه الشيخ عن علي بن أبي حمزة قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل تزوج امرأة على خادم قال: «لها وسط من الخدام» قال: قلت: على بيت قال: «وسط من البيوت»[5].

واما على الدار فبما رواه الشيخ أيضاً عن ابن أبي عمير، عن بعض اصحابنا عن أبي الحسن عليه السلام: في رجل تزوج امرأة على دار قال: «لها دار وسط»[6].

والجواب: أن علي بن أبي حمزة ضعيف لا يستند إلى ما ينفرد به، ورواية ابن أبي عمير مرسلة ومع ذلك لايمكن العمل بها؛ لأن الوسط من الدور والبيوت والخدام ليس شيئاً معيناً مضبوطاً، ولا هو مختلف اختلافاً يسيراً، بل هو في غاية البعد عن الضبط، فإن الأعلى والأدنى من ذلك لايكاد يوقف عليه.

---

(١) النهاية: ٤٧٢، المبسوط ٤:٣١٩.

(٢) السرائر: ٣٠٣.

(٣) المختلف: ٥٥٠.

(٤) التحرير ٢:٣٢.

(٥) الكافي ٥:٣٨١ حديث ٧، التهذيب ٧: ٣٦٦ حديث ١٤٨٥.

(٦) التهذيب ٧: ٣٧٥ حديث ١٥٢٠.

ولـو تزوجها على كتاب الله تعالى وسنة نبيه ولم يسم مهراً فمهرها خمسمائة درهم.

ولـو اصدقها تعليم سورة لم يجب تعيين الحرف، ولقنها الجائز على رأي، ولا يلزمه غيرها لو طلبت.

والوسط إن أُريد به ما بين الطرفين فمعلوم شدة اختلاف افراده وتباين قيمها، وان ذلك مثير للتنازع والتخاصم وموقع للحاكم في التحير.

وإن أُريد به أوسط ما بين الطرفين فهو ابعد؛ لأن هذا لايكاد يوقف عليه، فالقول بعدم الصحة والرجوع الى مهر المثل لايخلو من قوة، لأن الشارع احكم من أن ينيط الأحكام بما لاينضبط.

قولـه: (ولو اصدقها على كتاب الله تعالى وسنة نبيه ولم يسمّ مهراً فمهرها خمسمائة درهم).

قد تقدم في رواية المفضل بن عمر ما يصلح أن يكون دليلاً على ذلك مضافاً الى الاجماع، وكذا غيرها من الروايات المقتضية، روى اسامة بن حفص وكان قيِّماً لأبي الحسن موسى عليه السلام قال: قلت له: رجل يتزوج امرأة ولم يسمّ مهراً وكان في الكلام: اتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه فمات عنها، أو أراد أن يدخل عليها فما لها من المهر ؟ قال: «مهر السنة خمسمائة درهم»[1] الحديث.

ويشكل ذلك مع جهل الزوجين أو أحدهما بما جرت به السنة من المهر.

قوله: (ولو إصدقها تعليم سورة لم يجب تعيين الحروف ولقنها الجائز على رأي، ولا يلزمه غيرها لو طلبت).

---

(١) التهذيب ٧:٣٦٣ حديث ١٤٧٠ ، الاستبصار ٣:٢٢٥ حديث ٨١٦.

وحدّه أن تستقل بالتلاوة، ولا يكفي تتبع نطقه، ولو نسيت الأية الأُولى عقيب تلقين الثانية لم يجب اعادة التعليم على اشكال.

المراد بالحروف هنا القراءة كقراءة حمزة وغيره من السبعة أو العشرة على اقرب القولين، والرأي الذي ذكره المصنف للشيخ في المبسوط والنهاية[١]، وغيره من الأصحاب[٢].

ووجهه ان النبي صلّى الله عليه وآله لم يعيّن على من عقد له على تعليم شيء من القرآن، ولو كان شرطاً امتنع الاخلال به، فعلى هذا اذا اطلق العقد على تعليم سورة صح وبرئ بتعليمها الجائز من القرآت دون ما كان شاذاً، وفي قول نقله جمع من الأصحاب ـ ولا نعرف القائل به ـ انه يشترط تعيين قراءة من القرآت الجائزة؛ لأنها متفاوتة في السهولة والصعوبة، فلو لم يعين لزم الغرر، وضعفه ظاهر، والمذهب الأول.

وعلى هذا فلو طلبت غير الجائز على اطلاقه الصادق على مطلق القرآت، أو الملفق منها بأن طلبت قراءة خاصة أو نحو ذلك لم يجب عليه الاجابة؛ لأن الواجب أمر كلي، فهو مخيّر في تعيينه وايجاده في ضمن أي فرد شاء.

ولا يخفى أن جواز الاصداق لاينحصر في السورة، بل كل ما يعتد به ويكون مقصوداً يصح اصداقه لا نحو قوله تعالى:﴿مدهامتان﴾[٣].

قوله: (وحده أن تستقل بالتلاوة ولا يكفي تتبع نطقه،ولو نسيت الآية الأُولى عقيب تلاوة الثانية لم يجب اعادة التعليم على اشكال).

أي: حد التعليم الذي سبق ذكر جعله صداقاً في النكاح.

ولا ريب أن ما يشترط لصحة الاجارة على المنافع، من تعليم وخياطة وبناء

---

(١) المبسوط ٤: ٢٧٣، النهاية: ٤٦٩.

(٢) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ١٩٩.

(٣) الرحمن: ٦٤.

. . . .

وغيرها كاشتراط تقديرها بالعمل أو بالزمان أو بغير ذلك، فيشترط في اصداق المنفعة سواء، ويتحقق التسليم بايجاد تلك المنفعة وادخالها تحت يد الزوجة، ولا خفاء في ذلك بالنسبة الى اغلب المنافع.

لكن في التعليم خفاء بالنسبة الى بعض الأفراد، وقد حده المصنف باستقلالها بالتلاوة.

ولا شبهة في أن التعليم لا يتحقق من دون الاستقلال بها، فلا يكفي تتبع نطقه وإنما الاشكال في شيئين:

أحدهما: مقدار ما يتحقق بالاستقلال بتلاوة التعليم.

والثاني: مقدار مدة بقاء ذلك الاستقلال حتى لا يقدح فيه تعقب النسيان له.

أما الأول فلا ريب عندهم في أن الاستقلال بتلاوة ما دون الآية لايعد تعليماً وإنما هو مذاكرة وإن علمها مقدار ثلاث آيات، فمقتضى كلام الشيخ في المبسوط القطع بأنه يتحقق بذلك التعليم؛ لأن أقل ما يقع به الاعجاز ثلاث آيات مثل سورة قصيرة: فإن علمها آية فقط ففي تحقق الاقباض بذلك وجهان، هما طرفا الاشكال في كلام المصنف.

احدهما: نعم؛ لأن ايجاب تعليم مجموع الآيات يقتضي ايجاب تعليم الآية الواحدة، فإذا أتى به برئت ذمته منه وقواه في المبسوط[1].

والثاني: لا؛ لما قلناه من أن الاعجاز إنما يقع بثلاث آيات، فما يترتب على المجموع لا يترتب على البعض، هذا حاصل ما وجهوا به، وقضيته أن الاثنتين كالواحدة.

وفي كل من الوجهين نظر؛ لأن ايجاب تعليم الآية الواحدة في ضمن مجموع

---

(١) المبسوط ٤:٢٧٤.

. . . .

لا يستلزم براءة ذمة الزوج من تعليمها؛ لانتقاضه بالجملة الواحدة بل الكلمة، وكون الاعجاز لا يقع إلّا على ثلاث آيات لا يستلزم نفي الاقباض عن تعليم ما دون الثلاث، والملازمة غير ظاهرة.

واما الثاني: فلا ريب أن الاستقلال بالتلاوة اذا صار ملكه صدق الاقباض وتحقق البراءة، وإن كان بحيث اذا استقل بتعليم الآية الثانية مثلاً نسيت الاولى ففي تحقق الاقباض به وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن النسيان الطارئ بتفريطها فلا يخل بالتعليم.

والثاني: العدم؛ لأن مالا ثبات له لايعد تعليماً. واقول: إن الظاهر من كلام الجماعة كالشيخ في المبسوط[1]، والمصنف في التحرير[2] أن كلما لا يعد الاستقلال بتلاوته تعليماً من آية واحدة أو ثلاث على الوجهين لا يضر عروض النسيان له بالانتقال الى غيره، فيكون الاشكال في كلامه ناظراً الى تعيين ما يعد الاستقلال بتلاوته تعليماً خاصة.

ولقائل أن يقول: إن المتبادر الى الافهام من التعليم في العادة إما التلقين إلى أن يصير المحفوظ ثابتاً، أو التدريب للقراءة في المصحف بحيث يستقل بنفسه بالقراءة فيه، وبدون الأمرين لايكاد يصدق التعليم، ولا خفاء في أن المعقود عليه اعني التعليم أمر عرفي، فيجب اتباع العرف فيه لا محالة .

والذي يقتضيه النظر اتباع العرف في ذلك، فإن كان هناك معنى معلوم واحد وجب العمل عليه وإن اضطرب العرف، أو لم يكن هناك معنى واحد اشترط التعيين.

وينبغي أن يكون هذا البحث اذا كان المعقود عليه آيات، فلو كان آية واحدة أو آيتين فينبغي الجزم بالاكتفاء بتعليمها.

---

(١) المبسوط ٤:٢٧٤.

(٢) التحرير ٢:٣٦.

ولو لم يحسن السورة صح، فإن تعذر تعلمها أو تعلمت من غيره فعليه الاجرة، وكذا الصنعة.

قوله: (ولو لم يحسن السورة صح).

لو اصدقها تعليم سورة وهو يعلمها فحكمه ما سبق، ولو كان لا يعلمها فإن التزم التعليم في الذمة بأن قال: علي أن احصل لك تعليم ذلك جاز لا محالة، وإن قال: علي أن أُعلّمك أنا ففي الصحة وجهان:

احدهما: وبه جزم المصنف هنا وقربه في التحرير انه يصح، لأنه يمكنه أن يتعلمها ويعلم كما لو اصدقها الفاً وهو لا يملك شيئاً[١].

والثاني: العدم، كما لو اصدقها منفعة عبد وهو لا يملكه. و يمكن الفرق بأن منفعة العبد المعيّن غير مملوكة له ويستحيل ثبوتها في الذمة، بخلاف موضع النزاع، والمنافع أموال فكما يجوز العقد على مال يحصله بالكسب كذا ينبغي أن يجوز على منفعة يحصلها بالتعليم، وليس القول بالصحة بذلك البعيد، فعلى هذا إن امهلته إلى أن يتعلم فلا بحث، وإلّا ففي وجوب الصبر الى التعلم أو أُجرة المثل أو مهر المثل اوجه.

قوله: (فإن تعذر تعلمها أو تعلمت من غيره فعليه الاجرة).

المراد انه اذا اصدقها تعليم سورة وتعذر تعلمها إما لبلادتها، أو لموتها، أو لموت الزوج حيث يشترط كون التعليم منه، أو تعلمت من غيره فعليه اجرة المثل؛ لأنها عوض التعليم، وهذا أحد الوجهين.

والآخر انه يجب مهر المثل؛ لتعذر المسمّى، والأول اقوى؛ لامكان العوض.

ولو احتاج في تعليمها الى مشقة عظيمة وطول زمان زائد على العادة كثيراً فليس ببعيد الحاقه بالمتعذر.

قوله: (وكذا تعليم الصنعة).

---

(١) التحرير ٢:٣٦.

ولو عقد مرتين على مهرين فالثابت الأول، سراً كان أو جهراً.

والمهر مضمون في يد الزوج إلى أن يسلّمه، فإن تلف قبله بفعل المرأة برئ وكان قبضاً.

وإن تلف بفعل أجنبي تخيّرت بين الرجوع على الأجنبي أو الزوج، ويرجع الزوج عليه.

أي: وكذا تعليم الصنعة اذا جعله صداقاً في أن تعلمها إنما يتحقق باستقلالها بفعلها، وكذا باقي الأحكام التي سبقت جميعها، ولا يكاد يشك في أن تعليم الصنعة إنما يصدق عرفاً اذا صارت ملكه.

ولا يخفى انه يشترط في الصنعة أن تكون محللة، ومثل تعليم القرآن والصنعة تعليم الفقه والحكم والآداب، وما جرى هذا المجرى، حتى الشعر اذا لم يكن محظوراً.

قوله: (ولو عقد مرتين على مهرين فالثابت الأول، سراً كان أو جهراً).

وذلك لأنها بالعقد الأول تصير زوجة. يجب المسمّى فيه، فيكون العقد الثاني باطلاً. واشار بقوله: (سراً كان أو جهراً) الى خلاف الشافعي، ففي قول له أن المهر مهر السر، وفي آخر أن المهر مهر العلانية[1]، ونزل الأول اصابه على ما اذا تقدّم العقد على مهر في السر، ثم جيء بلفظ العقد في العلانية، بأكثر من مهر السر تجملاً، والثاني على ما اذا تواعدوا المهر الأقل سراً وعقدوا على الاكثر علانية.

قوله: (والمهر مضمون في يد الزوج الى أن يسلمه، فإن تلف قبله بفعل المرأة برىء وكان قبضاً، وإن تلف بفعل اجنبي تخيّرت بين الرجوع على الأجنبي أو الزوج، ويرجع الزوج عليه .

---

(١) انظر: المجموع ١٦: ٣٢٧.

وإن تلف بفعل الزوج أو بغير فعل أحد رجعت عليه بمثله، فإن لم يكن مثلياً فالقيمة، فيحتمل أكثر ما كانت من حين العقد إلى حين التلف؛ لأنه مضمون في جميع الأحوال، وحين التلف؛ لأنه مضمون بغير تعد منه

أما لو طالبته بالتسليم فيمنعها، فعلى الأول يضمنه بأكثر ما كانت قيمته من حين العقد إلى حين التلف، وعلى الثاني بأكثر ما كانت قيمته من حين المطالبة إلى حين التلف؛ لأنه غاصب.

وان تلف بفعل الزوج أو بغير فعل أحد رجعت عليه بمثله، فإن لم يكن مثلياً فالقيمة، فيحتمل اكثر ما كانت من حين العقد الى حين التلف؛ لأنه مضمون في جميع الأحوال، وحين التلف لأنه مضمون بغير تعد منه. أما لو طالبته بالتسليم فمنعها: فعلى الأول يضمنه باكثر ما كانت قيمته من حين العقد الى حين التلف، وعلى الثاني اكثر ما كانت قيمته من حين المطالبة الى حين التلف؛ لأنه غاصب).

هنا مسائل:

الأُولى: المهر قبل تسليمه الى الزوجة مضمون في يد الزوج لا محالة،لكن هل ضمانه كضمان المبيع في يد البائع، أم كضمان المقبوض بالسوم وما جرى مجراه؟

المعروف عند اصحابنا الثاني،واصحهما عند الشافعية الأول، ويعبر عن الأول بضمان العقد، وعن الثاني بضمان اليد.

وجه الأول: إن الصداق مملوك بعقد معاوضة، فكان كالعوض في البيع.

ووجه الثاني: إنه ليس عوضاً حقيقياً، فإن النكاح لا ينفسخ بتلفه ولا يفسد بفساده ولا يتزلزل بتزلزله، ولا شيء من الأعواض الحقيقية كذلك. ومن ثم سماه الله تعالى في كتابه صدقة ونحلة، فعلى المذهب لو كان معيناً وتلف بنفسه قبل القبض يكون تلفه على ملك الزوجة، فتجب مؤن تجهيزه لو كان عبداً، ويجب على الزوج مثله لو

. . . .

كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً.

وعلى الأول يجب مهر المثل كما لو تلف المبيع في يد المشتري قبل تسليم الثمن، فإن البيع ينفسخ ويجب مثل المبيع أو قيمته.

الثانية: اذا تلف الصداق قبل التسليم: فإما أن يكون باتلاف الزوجة، أو باتلاف الزوج، أو باتلاف اجنبي، أو بغير فعل أحد.

فإن كان باتلاف الزوجة كان قبضاً منها له، فيبرأ الزوج قطعاً.

وإن كان باتلاف اجنبي تخيّرت بين الرجوع بعوضه على الزوج وعلى الأجنبي لا محالة، ولا يتطرق اليه احتمال الانفساخ، فإن رجعت على الزوج رجع هو على الأجنبي، وإن رجعت على الأجنبي لم يرجع على الزوج.

وإن كان باتلاف الزوج، أو كان بغير فعل أحد منهم فالواجب هو المثل في المثلي والقيمة في القيمي.

وكل ذلك متفرع على المختار عند الأصحاب، وعلى القول بضمان العقد فالواجب مهر المثل اذا كان التلف بغير فعل أحد، ويتخير باتلاف الاجنبي بين الفسخ فيطالب الزوج بمهر المثل، وعدمه فترجع على من شاءت منهما بالمثل أو القيمة.

الثالثة: متى ثبت لها مطالبة الزوج بالقيمة، ففي تعين القيمة التي يستحق المطالبة بها احتمالان:

احدهما: اعلى القيم واكثرها من حين العقد الى حين التلف؛ لأنه مضمون في جميع الأحوال، ومن جملتها زمان علو القيمة، فلا تسقط الزيادة بتجدد النقص.

والثاني: قيمة يوم التلف؛ لأن العين ما دامت موجودة لا تجب القيمة قطعاً إنما يجب رد العين، ومعنى ضمانها حينئذٍ كونها بحيث لو تلفت وجب الانتقال الى البدل

ولو تعيّب في يده قيل: تخيرت في أخذه أو القيمة، والأقرب اخذه وأخذ أرشه.

فيكون الانتقال اليه حين التلف، وهو الأصح.

وتعليل المصنف هذا الاحتمال بأنه مضمون بغير تعد منه ضعيف؛ لأن التعدي لا دخل له في ايجاب ما لم يقم الدليل على وجوبه، فكأنه يلحظ في ذلك أن التعدي يناسبه التغليظ، وضعفه ظاهر.

ويجيء احتمال ثالث مذكور في نظائره، وهو وجوب قيمته يوم الاصداق؛ لأنها التي يتناولها العقد، والأصح وجوب القيمة حين التلف.

الرابعة: الاحتمالان المذكوران في تعيين القيمة إنما يأتيان على تقدير عدم مطالبة الزوج بالتسليم، أو مطالبتها حيث لم يحصل منه منع، فإن طالبته في محل وجوب التسليم منع.

فعلى الاحتمال الأول يضمن اعلى القيم من حين العقد الى حين التلف.

وعلى الثاني يضمن اعلاها من حين المطالبة الى حين التلف، فإن علل الاحتمال الثاني بانتفاء التعدي وقد ثبت التعدي بالمنع فيجب أعلى القيم من حينه، وقد بينا ضعف ذلك، فالأصح وجوب قيمته حين التلف مطلقاً.

قوله: (ولو تعيب في يده، قيل: تخيرت في أخذه أو القيمة، والأقرب أخذه وأخذ ارشه).

القول المحكي قول الشيخ في المبسوط[1]، ووجهه أن الصداق مضمون على الزوج، والعقد إنما جرى عليه سليماً، فإذا تعيب كان لها رده والمطالبة بالسليم، وإن شاءت أخذته.

والأقرب عند المصنف تحتم أخذه والمطالبة بأرشه؛ لأن الموجود حقها، لان

---

(١) المبسوط ٤: ٣٢٦.

ولها أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها حتى تقبض المهر، سواء كان الزوج موسراً أو معسراً.

الغرض أن العقد جرى على العين فتأخذه وتطالب ببدل التالف وهو الارش، لأنه مضمون على الزوج.

واقول: إن قول الشيخ بتخيرها لا أرى له وجهاً على القول بضمان اليد؛ لأن تعيب المغصوب في يد الغاصب لا يوجب الخيار إنما يوجب الأرش.

قوله: (ولها أن تمنع قبل الدخول من تسليم نفسها الى الزوج حتى تقبض المهر، سواء كان الزوج معسراً أو موسراً).

لا كلام في أن للزوجة أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها الى الزوج حتى تقبض الصداق، إذا كان ذلك قبل الدخول وكان المهر حالاً، سواء كان المهر عيناً أو منفعة متعيناً أو في الذمة؛ لأن في النكاح معنى المعاوضة.

ولا ريب أن لكل من المتعاوضين الامتناع من التسليم إلى أن يسلم اليه الآخر، فيجبرهما الحاكم معاً على التقابض ؛ لعدم الأولوية، بأن يأمر الزوج بوضع الصداق عند عدل ويأمرها بالتمكين، ولا يختلف هذا الحكم باعسار الزوج وايساره.

ويفهم من عبارة ابن ادريس في السرائر إنه ليس لها الامتناع مع الاعسار؛ لمنع مطالبته[1].

ويضعف بأن منع المطالبة لايقتضي وجوب التسليم قبل قبض العوض. اذا تقرر ذلك فمع اليسار يستحق النفقة اذا بذلت التمكين بشرط المهر ويأثم الزوج بالمنع، وفي استحقاقها بذلك مع الاعسار وجهان:

احدهما: لا، واختاره شيخنا الشهيد في شرح الارشاد؛ لانتفاء التمكين، إذ هو معلق بأمر ممتنع عادة.

---

(١) السرائر: ٣٠٣.

وهل لها ذلك بعد الدخول ؟ خلاف.

والثاني: نعم كما في الموسر؛ لاشتراكهما في بذل التمكين بشرط تسليم المهر، وامتناع التسليم عادة لا دخل له في الفرق مع جواز الامتناع.

قوله: (وهل لها ذلك بعد الدخول ؟ خلاف).

اختلف كلام الأصحاب في أن المرأة اذا سلمت نفسها للزوج فدخل بها، هل لها الامتناع بعد ذلك حتى تقبض المهر؟ على قولين:

أحدهما: ـ وهو ظاهر اطلاق الشيخ في النهاية[١]، وظاهر اطلاق ابن البراج في كتابيه[٢]، وبه قال المفيد[٣] ـ أن لها ذلك، وهو الذي قواه في المبسوط[٤]؛ لأن المقصود بعقد النكاح منافع البضع، فيكون المهر في مقابلها، ويكون تعلق الوطء الأول به كتعلق غيره.

والثاني: ـ وهو مختار الشيخ في الخلاف[٥]، وابي الصلاح[٦]، والسيد المرتضى في الانتصار[٧]، وعامة المتأخرين[٨] ـ إنه ليس لها ذلك، وهو الأصح؛ للاجماع على أن المهر يستقر بالوطء الأول، فلا يكون لما عداه به تعلق، وقد حصل تسليمها نفسها برضاها واستقر المهر، فانحصر حقها في المطالبة دون الامتناع، ولأن النكاح معاوضة، ومتى سلّم أحد المتعاوضين العوض الذي من قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه لتسليم العوض الآخر، ولأن منعها نفسها قبل الدخول لأجل المهر ثابت بالاجماع، أما بعده

---

(١) النهاية: ٤٧٥.

(٢) المهذب ٢:٢١٤.

(٣) المقنعة: ٧٨.

(٤) المبسوط ٤:٣١٣.

(٥) الخلاف ٣:١٢ مسألة ٣٩ كتاب الصداق.

(٦) الكافي في الفقه: ٢٩٤.

(٧) الانتصار: ١٢٢.

(٨) منهم ولد العلّامة في الايضاح ٣:١٩٧، والشهيد في اللمعة: ١٩٧.

ولو كان مؤجلاً لم يكن لها الامتناع، فإن امتنعت وحلّ لم يكن لها الامتناع على رأي؛ لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول.

فلا دليل عليه فينتفي بالأصل، فإن التسليم حق عليها والمهر حق عليه، والأصل عدم تعلق أحد الحقين بالآخر، فيتمسك به الى أن يثبت الناقل وهو منتف هنا.

فرع: لو دخل بها كرهاً فهل حق الامتناع باق بحاله أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لصدق القبض.

والثاني: نعم؛ لأنه قبض فاسد، لعدم جوازه شرعاً فلا يترتب عليه أثر الصحيح، ولأصالة البقاء إلى أن يثبت الناقل، وليس بثابت.

ولو سلم ولي المجنونة ومن جرى مجراها قبل قبض الصداق فهل لها الامتناع بعد الكمال؟ يحتمل ذلك.

ويحتمل أن يقال: هل يجب على الولي حبسها حتى تقبض المهر كما في المعاوضات المالية؟ إن قلنا نعم كان لها الامتناع لا محالة.

قوله: (ولو كان مؤجلاً لم يكن لها الامتناع، فإن امتنعت وحل لم يكن لها الامتناع على رأي، لاستقرار وجوب التسليم قبل الدخول).

ما سبق حكم الصداق اذا كان كله حالاً وإن اطلق العبارة ولم يقيد بالحلول؛ لأن ذكر المؤجل بعده يقتضي ذلك، فأما اذا كان كله مؤجلاً فليس لها الامتناع قبل حلول الأجل قطعاً، اذ لا يجب لها عليه شيء حينئذٍ، فيبقى وجوب حقه عليه بغير معارض، فإن اقدمت على فعل المحرم فامتنعت الى أن حل الأجل. فهل لها الامتناع حينئذٍ الى أن تقبضه؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، لمساواته بعد حلوله الحال من أول الأمر، ويظهر من عبارة الشارح الفاضل السيد اسناد هذا القول الى ظاهر كلام الشيخ في النهاية[1]، حيث

---

(١) النهاية: ٤٧٥.

وإنما يجب تسليمه لو كانت متهيأة للاستمتاع، فإن كانت محبوسة أو ممنوعة بعذر لم يلزم.

ولو كانت صبية فالأقرب وجوب التسليم مع طلب الولي.

قال: للمرأة أن تمتنع من زوجها حتى تقبض منه المهر ولم يفصل بين الحال والمؤجل، لكن المصنف قال في المختلف: إن الخلاف إنما هو في المهر الحال أما المؤجل فلا[1].

والثاني: لا؛ لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول فيجب استصحابه، ولأنها لما رضيت بالتأجيل بنت أمرها على أن لا حق لها في الامتناع، فيمتنع ثبوته بعد ذلك لانتفاء المقتضي، وهو الأصح.

فرع: لو كان بعض المهر مؤجلاً وبعضه معجلاً كان للبعض المؤجل حكم المهر المؤجل وللمعجل حكم المعجل.

قوله: (وإنما يجب تسليمه لو كانت مهيأة للاستمتاع، فإن كانت محبوسة أو ممنوعة لعذر لم يلزم).

إنما يجب تسليم المهر اذا كانت الزوجة مهيأة للاستمتاع مستعدة له لا مانع لها منه، فإن كانت محبوسة بحق أو باطل لم يجب عليه تسليمه؛ لأن الواجب هو التسليم من الجانبين، فإذا تعذر من أحدهما لم يجب من الجانب الآخر. وكذا لو كانت ممنوعة لعذر شرعي كالمحرمة والمعتدة عن وطء الشبهة.

قوله: (ولو كانت صبية فالأقرب وجوب التسليم مع طلب الولي).

هذا في حكم الاستثناء من اطلاق ما قبله، فإن الصغيرة وهي من لم تستكمل تسع سنين غير مهيأة للاستمتاع، فإنه لا يجوز له الدخول بها قطعاً، ومع ذلك فالأقرب عند المصنف وجوب تسليم مهرها اذا طلبه الولي، ولو طلب الزوج تسليمها اليه لما عدا الوطء من الاسنمتاعات ففي الوجوب وجهان:

---

(١) المختلف: ٥٤٧.

. . . .

أحدهما: يجب؛ لأن الممنوع الوطء دون غيره، وباقي الاستمتاعات حق له فيجب التسليم بها.

والثاني: لا؛ لأن الصغيرة ليست محل الاستمتاع وامساكها شرعاً حضانة، والزوج ليس أهلاً لها، وإنما هي حق للأقارب. وايضاً فإن الزوج اذا خلا بها لم يؤمن أن ياتيها فتتضرر، وربما أدى ذلك إلى افضائها وهلاكها، وعلى هذا لو بذلت له على هذا الوجه لم يجب القبول.

اذا تقرر ذلك فوجه قرب وجوب التسليم أنه حق ثابت حال طلبه من له حق الطلب ، فوجب دفعه كغيره من الحقوق الثابتة.

لايقال: النكاح معاوضة وحكم المعاوضات عدم وجوب تسليم أحد العوضين إلّا مع تسليم الآخر، وصغر الزوجة مانع من وجوب تسليمها فلا يجب تسليم الصداق.

لأنا نقول: إن الزوج لما عقد على الصغيرة بمهر حال أوجب على نفسه العوض في الحال، ورضي بتأخير قبض العوض الى زمان البلوغ، بناء على القول بعدم وجوب تسليمها الى الزوج، فلم يكن له منع التسليم الى زمان التسليم كما لو تزوجت الكاملة بمهر معلوم مؤجل، فإنه يجب عليها تسليم نفسها قبل قبض المهر.

ويحتمل عدم الوجوب، وهو اختيار الشيخ في النهاية[1]، وجزم به أبو الصلاح[2]، كما لايجب تسليم النفقة؛ لأن الاستمتاع غير ممكن.

وضعفه ظاهر؛ لأنه بعقد النكاح أوجب على نفسه المهر لمن يتأخر الاستمتاع بها الى زمان بلوغها، وليست النفقة كذلك؛ لأن سبب وجوبها هو التمكين التام دون العقد.

---

(١) المبسوط ٤:٣١٣.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٤.

ولو منعت من التمكين لا للتسليم ففي وجوب التسليم اشكال.

قوله: (ولو منعت من التمكين لا للتسليم ففي وجوب التسليم اشكال).

أي: لو منعت الزوجة نفسها من الزوج فلم تمكنه من نفسها وهي مهيئة للاستمتاع، والصداق حال تستحق المطالبة به، وعلم منها أن منعها نفسها ليس لأجل تسليم المهر، ففي وجوب تسليم المهر على الزوج لو طلبته في هذه الحالة اشكال ينشأ: من أن منعها نفسها من التمكين الى زمان تسليم المهر على الوجه الذي قدمناه حق ثابت لها، غير مسقط لوجوب تسليمها المهر مع طلبها اياه.

ولا فرق بين كون المنع لأجل التسليم أو لأجل غيره؛ لعدم اختلاف المنع على التقديرين، والاختلاف إنما هو في القصد.

ومن أن المستحق لها هو المنع لتسليم المهر؛ لأن ذلك هو مقتضى المعاوضة لا المنع لغيره، فإذا منعت لغير التسليم انتفى البذل المعتبر شرعاً في وجوب التسليم.

واعلم أن تحرير الكلام في هذا المبحث يستدعي اموراً:

الأول: الزوجان بالنسبة الى تسليم البضع والمهر عند الطلب منهما: إما أن يتفقا على التسليم، أو يختلفا . فإن اتفقا فلا بحث، وإن اختلفا: فإما أن يبذل واحد منهما ما عليه ويمتنع الآخر، أو يمتنع كل منهما من التسليم حتى يسلم الآخر. فإن بذل أحدهما ما عليه وتمكن الآخر من تسليمه أُجبر الآخر على التسليم اجماعاً، وإن قال كل منهما: لا أسلّم حتى اتسلم، ففيه وفي نظائره من المعاوضات ثلاثة اقوال:

الأول: أن يجبر الزوج على تسليم الصداق أولاً ثم تسلم نفسها.

الثاني: لا يجبر واحد منهما، لكن اذا بادر أحدهما الى التسليم أُجبر الآخر.

الثالث: أنهما يجبران معاً، بأن يؤمر الزوج بوضع الصداق عند عدل وتؤمر بالتمكين، فإذا مكنت سلّم العدل الصداق اليها.

. . . .

ولم يذكر الشيخ في المبسوط إلّا القولين الاخيرين وقوى الثالث[١]، وحكاه المصنف عنه في التحرير[٢]، ولم يصرح بقبوله ولا رده، والأشهر في جميع المعاوضات اجبار المتعاوضين معاً على التسليم، وبه صرح شيخنا في شرح الارشاد حتى في النكاح، وكلام المصنف هنا محتمل لكل من القولين الأول والثالث.

لايقال: ظاهره الأول؛ لأن جواز منعها نفسها حتى تقبض الصداق يقتضي وجوب تسليم الزوج أولاً.

لأنا نقول: لا نسلم أن لكل منهما المنع الى أن يتسلم من الآخر، فلا يكون تجويز المنع للزوجة الى زمان القبض منافياً لثبوته مثله للزوج.

نعم يظهر من استشكال وجوب تسليم المهر على تقدير منع التمكين لا للتسليم ترجيح الثالث، إذ لو وجب تسليم الزوج أولاً لوجب عليه التسليم، فإذا سلم فلم تسلم اجبرت على التمكين ولم يتجه الاشكال.

فإن قيل: قوله سابقاً: (وإنما يجب تسليمه لو كانت مهيأة للاستمتاع...) يقتضي ترجيح الأول، إذ لا فائدة فيه بدونه.

قلنا: لا يقتضيه، وفائدته أن هذا الحكم ثابت على جميع الأقوال، فهو مجمع عليه.

اذا تقرر ذلك فاعلم ان منعها نفسها لا لأجل تسليم الصداق وإن كان حراماً عليها، إلّا أن اجبار الحاكم كلّاً منهما على تسليم ما عليه على الوجه السابق لايسقط بذلك، ولا يتعين به الحكم.

الثاني: ذكر الشارح الفاضل ولد المصنف لبيان أحد وجهي الاشكال أن

---

(١) المبسوط ٣١٦:٤.

(٢) التحرير ٣٣:٢.

ولو مكنت كان لها الطلب وإن لم يطأ، فإن رجعت إلى الامتناع سقط طلبها، إلّا اذا وطأها فإن المهر يستقر بالوطء مرة.

وجوب التمكين موقوف على تقدير وجوب التسليم[1]، وهذا إنما يتم على القول بوجوب تسليم الزوج المهر أولاً، وعلى هذا القول يسقط الاشكال؛ لأنه يجب على الزوج التسليم أولاً، فإذا سلم ولم تسلم نفسها اجبرها الحاكم على ذلك.

الثالث: حمل الشارح السيد العبارة على ان الاشكال في وجوب تسليمها نفسها، فيكون تقديرها: ولو منعت من التمكين لا لتسليم المهر اليها ففي وجوب تسليمها نفسها اشكال، وهو خلاف المتبادر من العبارة، ولو أراد ذلك لكان الأنسب أن يقول: ففي وجوب التمكين اشكال.

وكيف قدرنا فلا يختلف الحكم، فيأمر الحاكم الزوج بتسليم المهر الى عدل، ثم يأمرها بالتمكين مع طلب الزوج؛ لأنه إنما يستحق التمكين بعد بذل المهر قضاءً لحق المعاوضة، فإذا لم تطلبه ابقي في يد العدل إلى أن تطلبه، ولو صرحت بالرضى ببقائه في يد الزوج أو ذمته ولم يمكن فالظاهر أنها تجبر على التمكين بدون تسليم المهر؛ لأنها اسقطت حقها من تقديم تسليمه.

قوله: (ولو مكنت كان لها المطالبة وإن لم يطأ فإن رجعت الى الامتناع سقط طلبها، إلّا اذا وطأها فإن المهر يستقر بالوطء مرة).

أي: لو بادرت الى تمكين الزوج من نفسها متبرعة بذلك كان لها طلب الصداق اجماعاً، ويجب على الزوج بذله قطعاً، سواء وطأ أو لم يطأ؛لأن التأخير منه.

فإن رجعت الى الامتناع، نُظِرَ فإن كان قبل الوطء كان لها ذلك كما كان قبل التمكين سواء؛ لأن القبض بالنسبة الى المعقود عليه هو الوطء، وحينئذٍ فيسقط طلبها

---

(١) ايضاح الفوائد ٣:١٩٨.

ولو دفع الصداق فامتنعت من التمكين أُجبرت، وليس له الاسترداد.

واذا سلّم الصداق فعليه أن يمهلها مدة استعدادها بالتنظيف والاستحداد.

للمهر، بمعنى أنه لايجب على الزوج تسليمه أولاً. بل يسلم مع تسليمها كما سبق تحقيقه.

ولا يخفى أن هذا لا يتخرج على القول بوجوب مبادرة الزوج الى تسليم المهر فيكون دليلاً على عدم اختيار المصنف له، وإن كان بعد الوطء فقد حصل القبض من طرف الزوج واستقر المهر جميعه وتعيّن وجوب دفعه بطلبها، فإن لم يدفعه أُجبر عليه لا محالة. وقد سبق أنها لو ارادت الامتناع لتقبضه في هذه الحالة لم يكن لها ذلك.

ولا يخفى أن الاستثناء من سقوط الطلب في جميع الأوقات إلّا اوقات تحقق الوطء، فإن الطلب لايسقط لاستقرار المهر بالوطء.

قوله: (فلو دفع الصداق فامتنعت من التمكين اجبرت، وليس له الاسترداد).

والمراد: انه لو بادر الزوج وسلم اليها الصداق فامتنعت من التمكين ولو من غير عذر اجبرت على التمكين لامحالة، وليس له استرداد الصداق؛ لأنه تبرع بالتسليم فلم يكن له الرجوع، كما لو عجل المديون الدين المؤجل. وعلى القول بوجوب التسليم للصداق أولاً على الزوج له الاسترداد؛ لأن ذلك شرط تسليم العوض، كذا قيل، فعلى هذا يكون منع المصنف اياه من الاسترداد دليلاً على عدم اختيار هذا القول.

قوله: (واذا سلم الصداق فعليه أن يمهلها مدة استعدادها بالتنظيف والاستحداد).

الاستحداد: استفعال من الحديد، وهو هنا كناية عن ازالة الشعر ولو بغير

ولا يمهلها لأجل تهيئة الجهاز، ولا لأجل الحيض ؛ لإمكان الاستمتاع بغير القبل،

الحديد كالاطلاء بالنورة وإن كان اصله الازالة بالحديد.

وظاهر قول المصنف: (فعليه أن يمهلها مدة استعدادها) الوجوب، ولم يقدر المدة، وقدرها الشيخ في المبسوط بثلاثة أيام وقوى وجوبها؛ محتجاً بقوله عليه السلام ونهيه أن يطرق الرجل اهله ليلاً، وبأن العادة جارية بذلك[1]، هذا محصل استدلاله.

ويؤيده ما روي في الحديث: «امهلوا كي تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة»[2] ولا دلالة في الأخبار على المدة على الوجوب، وذهب في التحرير الى عدم الوجوب لانتفاء مقتضيه[3].

ويمكن أن يقال: في ذلك حق للمرأة؛ لأنه اذا رآها على غير حال الاستعداد لم يؤمن بنفرة منها فيكون مضراً بحالها.

ويمكن القول بالوجوب والتحديد بالحاجة لا بثلاثة أيام، وكيف كان فمتى أوجبنا امهالها لم يجز التعرض اليها حتى تنقضي مدته.

واعلم أن قوله: (بالتنظيف) صحيح؛ لأن المراد تنظيف نفسها بامتشاط وازالة الأوساخ، ولو قال كالتنظيف لكان اوقع.

قوله: (ولا يمهلها لأجل تهيئة الجهاز، ولا لأجل الحيض ؛ لامكان الاستمتاع بغير القبل).

أي: لا يجب ذلك، فلو طلبت الامهال لأجل تهيئة الجهاز وهو بفتح الجيم والكسر: ما تحتاج اليه العروس لم تجب الاجابة اجماعاً، ويجبرها الحاكم على التمكين

---

(١) المبسوط ٤: ٣١٤.

(٢) سنن أبي داود ٣: ٩٠ حديث ٢٧٧٨.

(٣) التحرير ٢: ٣٣.

ولو كانت صغيرة لا تطيق الجماع أو مريضة وجب الامهال.

وإنما يتقرر كمال المهر بالوطء، أو موت أحد الزوجين، لا بالخلوة على الأقوى،

من دونه إن ابت.وكذا القول لو كانت حائضاً فطلبت الامهال الى الطهر لا تجب الاجابة؛ لامكان باقي الاستمتاعات سوى الوطء في القبل، ولو ظهر من حاله إنه يأتيها في الحيض فلها الامتناع من المضاجعة.

قوله: (ولو كانت صغيرة لا تطيق الجماع أو مريضة وجب الامهال).

المراد: لو كانت صغيرة لا تطيق الجماع وإن بلغت تسع سنين وجب امهالها الى زمان الإطاقة، وكذا لو كانت مريضة لا تطيق معه الجماع، ولم يقيد المصنف المريضة بعدم الإطاقة، وكأنه استغنى بتقييد المعطوف عليه.

ويلوح من اطلاق وجوب الإمهال أن الزوج لو طلب التسليم لكل منهما وقال لا اقربهما الى أن يزول المانع لايجاب؛ لأنه ربما لا يفي فتتضرران. ومثله كلام المصنف في التحرير[1]، والشيخ في المبسوط[2]، ولم يتعرض لوجوب تسليم المهر وعدمه.

لكن صرحوا بعدم وجوب نفقتها حتى تبرأ وتسلم نفسها، وقد يفرق بين النفقة والمهر: بأن النفقة لا تجب إلّا بالتمكين، والمهر يجب بالعقد.

قوله: (وإنما يتقرر كمال المهر بالوطء أو موت أحد الزوجين،لا بالخلوة على رأي).

سيأتي إن شاء الله ما يعلم منه أن الموجب للمهر إما عقد النكاح أو الفرض أو الوطء، واستقرار الواجب بالعقد أو الفرض يكون بأمرين.

أحدهما: الوطء وإن كان حراماً كالوطء في الحيض والاحرام،ويدل عليه مع الاجماع أن الوطء بالشبهة يوجب المهر ابتداءً فلئن تقريره في النكاح الصحيح أولى،

---

(١) المبسوط ٤:٣٦٤.

(٢) التحرير ٢:٣٣.

ويكفي لذلك الوطأة الواحدة اتفاقاً.

والثاني: موت أحد الزوجين، وسيأتي الكلام على موت الزوجة عن قريب إن شاء الله تعالى.

وأما موت الزوج فإنه يقرر وجوب جميع المهر عند أكثر الأصحاب، خلافاً للصدوق في المقنع، فإنه أوجب النصف[١]، والمذهب وجوب الجميع.

لنا: إنّ الموت لا يبطل النكاح؛ لأنهما يتوارثان، وإذا لم يبطل بالموت ولم يبق كان الموت نهاية له، وانتهاء العقد كاستيفاء المعقود عليه فيجب العوض بكماله بدليل الاجارة، وما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: في المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها قال: «إن كان قد فرض لها مهراً فلها مهرها الذي فرض لها ولها الميراث»[٢] الحديث، وغيره من الأحاديث الكثيرة[٣]، وفي عدة أحاديث أن لها نصف المهر كما في الطلاق[٤].

ونزلها الشيخ على الاستحباب بمعنى أنه يستحب لها أن لاتطلب أكثر من النصف.

ولا يستقر المهر بالخلوة التي لا مانع معها من الوطء على الأصح، وقد اختلف اقوال الأصحاب في ذلك فقال الشيخ في النهاية: إن الخلوة توجب المهر على ظاهر الحال، وعلى الحاكم أن يحكم بذلك وإن لم يكن قد دخل، لكن ليس للمرأة أن تأخذ اكثر من النصف مع عدم الدخول، ومتى اثبت الزوج ان بكارتها باقية على حالها لم

(١) المقنع: ١٢١.

(٢) التهذيب ٨:١٤٦ حديث ٥٠٥، الاستبصار ٣:٣٤١ حديث ١٢١٥.

(٣) التهذيب ٨:١٤٦ حديث ٥٠٦ ـ ٥٠٩.

(٤) التهذيب ٨:١٤٦ حديث ٥١٠ ـ ٥١٢.

. . . .

يلزمه إلّا النصف[١]، وتبعه ابن البراج[٢]، وقطب الدين الكيدري[٣].

وقريب منه قول ابن الجنيد فإنه أوجب المهر بالخلوة، ولم يجوّز للمرأة أخذها اذا لم يقع جماع، ولا ما يقوم مقامه من انزال الماء بغير ايلاج أو لمس عورة أو نظر اليها أو قبلة، فإن تلذذ بشيء من ذلك خصياً كان أو عنيناً أو فحلاً لزمه المهر[٤].

وقال ابن حمزة: إذا خلا بها وادعى عدم المواقعة، فإن امكنه اقامة البينة على ذلك فاقامها قبلت منه، وإلّا فالقول قولها بيمينها[٥].

وقال ابن بابويه في المقنع: اذا خلا الزوج بزوجته ثم انكرا معاً المجامعة لم يصدّقا؛ لأنها تنفي عن نفسها العدة، وهو ينفي وجوب المهر[٦].

وحكى الشيخ في المبسوط[٧] والخلاف[٨] عن قوم من أصحابنا أن الخلوة كالدخول يستقر بها المسمّى وتجب بها العدة، وقال فيهما: إلّا أن وجودها كعدمها فيجب بالطلاق بعدها نصف الصداق ولا عدة على المرأة.

والى هذا ذهب ابن ابي عقيل[٩]، وعامة المتأخرين، وهو الذي صرحنا باختياره سابقاً.

لنـا: قوله تعالى: **﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن**

---

(١) النهاية: ٤٧١.

(٢) المهذب ٢: ٢٠٤.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٤٣.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٤٣.

(٥) الوسيلة: ٤١٩.

(٦) المقنع: ١٠٩.

(٧) المبسوط ٤: ٣١٨.

(٨) الخلاف ٣: ١٢ مسألة ٤٢ كتاب الطلاق.

(٩) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٤٣.

. . . .

فريضة فنصف ما فرضتم﴾[١].

والمراد من المس الجماع اتفاقاً.

وما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول: «لايوجب المهر الاّ الوقاع في الفرج»[٢].

ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، وقد سأله متى يجب المهر؟ قال: «اذا دخل بها»[٣].

وقول الصادق عليه السلام في رواية حفص بن البختري: «اذا التقى الختانان وجب المهر والعدة»[٤].

احتج الآخرون بما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «اذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فغلق عليهابابا أو أرخى ستراً، ثم طلقها، فقد وجب الصداق وخلاؤه بها دخول»[٥].

وفي معناها رواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام[٦]. ولأن المرأة سلمت المعقود عليه تسليماً صحيحاً، فوجب أن يستقر العوض كما في تسليم العين المؤجرة مدة الاجارة وإن لم ينتفع.

وأجاب المصنف في المختلف بالمنع من صحة الخبرين[٧]، وحملها الشيخ على ما اذا كان الزوجان متهمين، واستدل على الجمع برواية أبي بصير عن الصادق عليه

(١) البقرة:٢٣٧.

(٢) التهذيب ٧:٤٦٤ حديث ١٨٥٩، الاستبصار ٣:٢٢٦ حديث ٨١٧.

(٣) التهذيب ٧:٤٦٤ حديث ١٨٦٠، الاستبصار ٣:٢٢٦ حديث ٨١٨.

(٤) الكافي ٦:١٠٩ حديث ٢، التهذيب ٧:٤٦٤ حديث ١٨٦١، الاستبصار ٣:٢٢٦ حديث ٨١٩.

(٥) التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٨٦٣، الاستبصار ٣:٢٢٦ حديث ٨٢٠.

(٦) التهذيب ٧:٤٦٤ حديث ١٨٦٤، الاستبصار ٣:٢٢٧ حديث ٨٢٢.

(٧) المختلف:٥٤٤.

. . . .

السلام: «انها لا يصدقان بعد الخلوة على عدم الوطء؛ لأنها تدفع العدة عن نفسها وهو يدفع المهر»[١].

والفرق بين الاجارة والنكاح ظاهر، فإن المنافع في الاجارة تتلف بمضي الزمان، وهنا المنفعة تتلف بالاستيفاء دون مضي الزمان.

واعلم أن المصنف في المختلف حقق هذا المقام بنحو ما نقله الشيخ عن ابن ابي عمير وارتضاه[٢].

وحاصله ان الموجب لكمال المهر هو الدخول دون الخلوة، لكن الخلوة لكونها مظنة له ولا ينفك عنه غالباً يلزمه كمال المهر مع ادعاء المرأة الدخول، لأنها تدّعي الظاهر فيقوى جانبها فيكتفى بيمينها، ولا يقبل من الرجل إلاّ بالبيّنة، أما مع تصديق المرأة على عدم الدخول فلا يجب إلاّ النصف قطعاً.

وهذا التحقيق هو الذي حاوله الشيخ في النهاية[٣]، ومن تابعه[٤]، وصرح به ابن حمزة[٥].

وقريب منه ما قاله ابن الجنيد[٦]، وإن كان في كلامه مخالفة أُخرى حيث الحق بالوطء غيره.

وقريب من ذلك كلام ابن بابويه[٧]، وإن كان اطلاق قوله بعدم قبول قول الزوجين في عدم الوطء محل نظر، وإنما عول في ذلك على رواية أبي بصير.

---

(١) التهذيب ٧: ٤٦٥ حديث ١٨٦٥، الاستبصار ٣: ٢٢٧ حديث ٨٢٣.

(٢) المختلف: ٥٤٤.

(٣) النهاية: ٤٧١.

(٤) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢٠٤.

(٥) الوسيلة: ٣٥١.

(٦) نقله عنه العلاّمة في المختلف: ٥٤٣.

(٧) المقنع: ١٠٩.

ويستحب تقليله، ويكره أن يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم، وأن يدخل بالزوجة قبل تقديمه أو بعضه أو غيره ولو هدية.

ويظهر من كلام الشيخ العمل بها مع التهمة، وللتوقف في ذلك مجال.

فتلخص من هذا أن أكثر الأصحاب لا يقولون أن الخلوة بنفسها موجبة لاستقرار المهر كله.

قوله: (ويستحب تقليله، ويكره أن يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم).

روى اسماعيل بن مسلم عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: افضل نساء امتي اصبحهن وجهاً وأقلهن مهراً»[١].

وفي حديث آخر عن الحسين بن خالد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن مهر السنّة كيف صار خمسمائة؟ فقال: «إن الله تعالى أوجب على نفسه أن لا يكبّره مؤمن مائة تكبيرة، ويسبّحه مائة تسبيحة، و يحمده مائة تحميدة، ويهلّله مائة تهليلة، ويصلّي على النبي وآله مائة مرة، ثم يقول: اللهم زوجني من الحور العين إلّا زوجه الله حوراً وجعل ذلك مهرها، ثم أوحى الله تعالى إلى نبيه أن يسن مهور المؤمنات خمسمائة درهم، ففعل ذلك رسول الله صلّى الله عليه وآله، وأيما مؤمن خطب الى أخيه حرمته فبذل له خمسمائة درهم فلم يزوجه فقد عقه، واستحق من الله عزوجل ان لا يزوجه حوراً»[٢].

واعلم أن ظاهر قوله: (ويكره أن يتجاوز خمسمائة) شمول الكراهية للزوج والزوجة، والأخبار لا تنهض حجة على ذلك، وقد روي أن الحسن عليه السلام تزوج امرأة اصدقها مائة جارية مع كل جارية الف درهم[٣].

قوله: (وأن يدخل بالزوجة قبل تقديمه، أو بعضه، أو غيره ولو هدية).

---

(١) الفقيه ٣:٢٤٣ حديث ١١٥٦.

(٢) الكافي ٥:٣٧٦ حديث ٧ ، التهذيب ٧:٣٥٦ حديث ١٤٥١.

(٣) رواه الشيخ في المبسوط ٤:٢٧٢.

ولا فرق بين موت الزوج قبل الدخول أو المرأة في استقرار جميع المهر، لكن يستحب لها اذا مات الزوج ترك نصف المهر.

وقيل: لو ماتت قبل الدخول كان لأوليائها نصف المهر، وليس بجيد.

مستند ذلك ما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال: «اذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق اليها شيئاً، درهماً فما فوقه، أو هدية من سويق أو غيره»[1].

قال الشيخ: وهذه الرواية وردت على جهة الأفضل، فأما أن يكون ذلك واجباً أو تركه محظوراً فلا[2]؛ لما رواه عبد الحميد الطائي عن أبي عبد الله عليه السلام: من أنه يجوز الدخول بالمرأة قبل اعطائها شيئاً[3].

وقد اعترض ابن ادريس عبارة الشيخ في النهاية[4] ـ حيث استحب للرجل قبل الدخول بامرأته تقديم شيء يستبيح به فرجها ـ بأن الذي يستباح به الفرج هو العقد دون ما يقدمه[5].

واعتذر المصنف في المختلف عن ذلك بأنه قصد بذلك التأكيد في الاستحباب، وتابع لفظ رواية أبي بصير المتقدمة[6].

قوله: (ولا فرق بين موت الزوج قبل الدخول أو المرأة في استقرار جميع المهر، لكن يستحب لها إذا مات الزوج أن تترك نصف المهر، وقيل: لو ماتت قبل الدخول كان لأوليائها نصف المهر وليس بجيد).

---

(١) التهذيب ٣٥٧:٧ حديث ١٤٥٢، الاستبصار ٢٢٠:٣ حديث ٧٩٩.

(٢) التهذيب ٣٥٧:٧ ذيل الحديث ١٤٥٣.

(٣) التهذيب ٣٥٧:٧ حديث ١٤٥٣، الاستبصار ٢٢٠:٣ حديث ٧٩٨.

(٤) النهاية: ٤٧١.

(٥) السرائر: ٣٠٦.

(٦) المختلف: ٥٤٣.

. . . .

قد قدمنا أن المختار استقرار جميع المهر بموت كل واحد من الزوجين سواء الرجل والمرأة، وقد ذكرنا خلاف الصدوق في الاستقرار بموت الرجل وبيّنا ضعفه وحققنا أنه يستقر به.

وأما موت المرأة فقد ذهب عامة الأصحاب الى أنه كذلك، وذهب الشيخ في النهاية[١]، وابن البراج في الكامل[٢]، وقطب الدين الكيدري[٣] الى أنه إنما يجب بموتها النصف خاصة؛ تعويلاً على عدة أخبار، منها رواية ابن أبي يعفور في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: في امرأة توفيت قبل أن يدخل بها زوجها مالها من المهر، وكيف ميراثها ؟ قال: «اذا كان قد أمهرها صداقاً فلها نصف المهر، وهو يرثها»[٤] الحديث، وغير ذلك من الاخبار[٥].

والمختار ما قدمناه، فقد روى منصور بن حازم في الموثق عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج امرأة وسمّى لها صداقاً، ثم مات عنها ولم يدخل بها قال: «لها المهر كاملاً ولها الميراث» قلت: فإنهم قد رووا عنك أن لها نصف المهر قال: «لايحفظون عني إنما ذلك للمطلقة»[٦].

قال الشارح الفاضل السيد: يحتمل أن يكون مراد الشيخ بقوله: لأوليائها النصف من جهة سقوط النصف الآخر عن الزوج بالميراث، لكونها غير ذات ولد بقرينة قوله: كان لأوليائها النصف، وحينئذٍ لا يبقى بين القولين منافاة.

---

(١) النهاية:٤٧١.

(٢) قاله في المهذب أيضاً ٢:٢٠٤.

(٣) نقله عنه العلاّمة في المختلف:٥٤٤.

(٤) الكافي ٦:١١٩ حديث ٦، التهذيب ٨:١٤٧ حديث ٥١٠، الاستبصار ٣:٣٤١ حديث ١٢٢٠.

(٥) الكافي ٦:١١٩ حديث ٧ ـ ١٠، التهذيب ٨:١٤٧ حديث ٥١١ ـ ٥١٢.

(٦) التهذيب ٨:١٤٧ حديث ٥١٣، الاستبصار ٣:٣٤٢ حديث ١٢٢٣.

ويكره للورثة المطالبة بالمهر مع الدخول إذا لم تكن قد طالبت به.

الفصل الثاني: في الصداق الفاسد، ولفساده أسباب:

الأول: عدم قبولية الملك كالخمر والخنزير مع اسلام أحد الزوجين، وكالحر، وما لا قيمة له ولا منفعة مباحة فيه،

قوله: (ويكره للورثة المطالبة بالمهر مع الدخول اذا لم يكن قد طالبت به).

روى عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في حديث طويل أن المرأة اذا ماتت بعد أن اقامت مع الرجل الى أن ماتت لا تطلب صداقها، ثم جاء ورثتها بعد موتها يطلبون صداقها: «لاشيء لها»[١] وفي معناها روايات أُخر[٢].

ونقل الشيخ في التهذيب عن بعض أصحابنا أن الدخول يهدم الصداق احتجاجاً بهذه الأخبار، ونزلها الشيخ على أن المرأة لاتعطى المهر في هذه الحالة إلّا بالبينة[٣]، ويلوح من عبارة المصنف أنه نزلها على كراهية المطالبة.

قوله: (الفصل الثاني في الصداق الفاسد، ولفساده أسباب:

الاول: عدم قبوله الملك كالخمر والخنزير مع اسلام أحد الزوجين، وكالحر، وما لا قيمة له ولا منفعة مباحة فيه).

من مباحث المهر البحث عن الفاسد، ولفساده أسباب حصرها المصنف في ستة:

الأول: عدم قبوله الملك في شرع الاسلام كالخمر والخنزير مع اسلام أحد

---

(١) التهذيب ٧:٣٥٩ حديث ١٤٦٠، الاستبصار ٣:٢٢٢ حديث ٨٠٦.

(٢) التهذيب ٧:٣٦٠ حديث ١٤٦١ ـ ١٤٦٢،الاستبصار ٣:٢٢٢ حديث ٨٠٧ ـ ٨٠٨.

(٣) التهذيب ٧:٣٦٠،الاستبصار ٣:٢٢٣.

فلو تزوج المسلم على خمر أو خنزير أو حر بطل المسمّى، وقيل العقد. وهل تثبت قيمة المسمّى أو مهر المثل ؟ قولان، الأقرب الثاني.

الزوجين، بخلاف ما اذا كانا ذميين. وكذا الحر، سواء كان الزوجان مسلمين أو كافرين. وكذا ما لا قيمة له عند أحد من الناس ، ولا منفعة مباحة فيه كالعذرة النجسة ونحوها.

قوله: (فلو تزوج المسلم على خمر أو خنزير أو حر بطل المسمّى، وقيل: العقد. وهل تثبت قيمة المسمّى أو مهر المثل ؟ قولان، الأقرب الثاني).

لو تزوج المسلم على خمر أو خنزير أو حر، سواء جرى العقد على خمر معيّن معلوم أو خنزير أو حر كذلك، أو على مقدار معيّن من الخمر في الذمة، بطل المسمّى قطعاً؛ لعدم صلاحيته، وفي بطلان العقد من أصله قولان:

أحدهما: ـ واختاره الشيخ في النهاية[1]، والمفيد في المقنعة[2]، وابن البراج[3]، وأبو الصلاح[4] ـ انه يبطل؛ لأن الرضى بالنكاح شرط في العقد، وإنما وقع على المسمّى وهو باطل فينتفي الرضى، فيكون العقد باطلاً؛ لانتفاء الشرط، ولأن النكاح عقد معاوضة فيبطل ببطلان العوض ، ولقول الباقر عليه السلام: «المهر ما تراضيا عليه قل أو كثر»[5].

ويلزمه بعكس النقيض ان ما لم يتراضيا عليه لا يكون مهراً، ولا ريب أن غير المسمّى لم يقع عليه التراضي فامتنع كونه مهراً، وقد تقرر امتناع كون المسمّى مهراً،

---

(١) النهاية:٤٦٩.

(٢) المقنعة:٧٨.

(٣) المهذب ٢:٢٠٠.

(٤) الكافي في الفقه:٢٩٣.

(٥) الكافي ٥:٣٧٨ حديث ٤، التهذيب ٧:٣٥٣ حديث ١٤٣٨.

. . . .

والنكاح الصحيح لابد له من مهر سابق أو لاحق، فمتى تخلف عنه لزم بطلانه.

والثاني: ـ واختاره الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢]، وابن الجنيد[٣]، وابن حمزة[٤]، وابن زهرة[٥]، وابن ادريس[٦]، والمصنف هنا وفي التحرير[٧]: لأن المهر ليس ركناً في العقد وإنما الركن فيه الزوجان، ولهذا جاز عرى العقد عنه، بل اشتراط عدمه، وليس ذكر الفاسد اعظم من اشتراط عدمه. ولأن النكاح والصداق غيران فلا يقتضي فساد أحدهما فساد الآخر، وهذا هو الأصح.

وتوقف المصنف في المختلف[٨].

ويجاب عن الأول بأن بطلان المسمّى لا ينفي أصل الرضى بالنكاح، وإلّا لم يصح النكاح لو تبين كونه مستحقاً.

والمراد في الحديث أن المهر الذي يراد ذكره في العقد، والمعنى أنه لا حد له باعتبار القلة والكثرة، بل مناطه التراضي بقرينة قوله: «قل أو كثر»، ولأن الواجب بالدخول في المفوضة لم يتراضيا عليه مع أنه مهر.

اذا تقرر ذلك فعلى القول بالصحة ما الذي يجب؟ للأصحاب فيه اقوال:

احدها: انه يجب مهر المثل، اختاره الشيخ في الخلاف[٩]، وابن حمزة[١٠]، وهو

---

(١) المبسوط ٤: ٢٧٢.

(٢) الخلاف ٣: ١ مسألة ١ كتاب الصداق.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٤١.

(٤) الوسيلة: ٣٤٨.

(٥) الغنية: ٥٤٨.

(٦) السرائر: ٣٠٠.

(٧) التحرير ٢: ٣١.

(٨) المختلف: ٥٤٢.

(٩) الخلاف ٣: ١ مسألة ١ كتاب الصداق.

(١٠) الوسيلة: ٣٤٨.

. . . .

ظاهر كلام ابن ادريس[١] ، واختاره المصنف هنا وفي التحرير[٢] ، وهو الأصح؛ لأن عدم صلاحية المسمّى لئن يكون صداقاً يقتضي بطلان التسمية فيصير العقد خالياً منها، فيجب بالوطء مهر المثل؛ لأنه قيمة البضع.

والثاني: إنه يجب قيمة الخمر أو الخنزير عند مستحليه والحر على تقدير العبودية. اختاره بعض الأصحاب[٣] ،ووجّه بأن الزوجين لما ذكرا في العقد عوضاً كان مقصودهما ذلك العوض دون قيمة البضع وهو مهر المثل، ولذلك العوض خصوص وهو عينه، وعموم وهو ماليته باعتبار مقابلته بالبضع وهو متقوم،فإذا لم يمكن اعتبار عينه يعتبر ذكره في المالية فلا يلغو التقدير بذلك القدر وإن أُلغي التعيين، فيقدر مالاً ويجب قيمته على ذلك التقدير.

وردّ بأن تقدير المالية فيما يمتنع ماليته تقدير للمحال، فيلغو التقدير كما يلغو التعيين، وفيه نظر؛ لأنه لا يلزم من كونه تقدير للمحال الغاؤه وعدم لحظه في تقدير الواجب من العوض المالي، كما يقدر الحر عبداً في الحكومة ليؤخذ الأرش من الدية تلحظ القيمة على تقدير العبودية.

ويمكن رده بوجه آخر وهو: إنه لمّا بطل تعيينه لم يكن اعتبار ماليته بسبب مقابلته للبضع مستلزماً لوجوب قيمته؛ لأن وجوب المال المخصوص عوضاً إنما يكون بذكره في العقد فيجب مهر المثل.

وفرّق الشيخ في موضع في المبسوط بين الحر والخمر، بأن الحر ليس مالاً أصلاً، ومالية الخمر منتفية للمسلم لا عليه للذمي ولا للذمي على مثله، فنقل عن بعضهم

---

(١) السرائر: ٣٠٠.

(٢) التحرير ٢: ٣١.

(٣) في المبسوط ٤: ٢٩٠.

. . . .

وجوب مهر المثل في الحر والقيمة في الخمر[١].

واعلم أن اطلاق عبارة المصنف في قوله: (وهل يثبت المسمّى أو مهر المثل ؟ قولان) يحتمل وجوب مهر المثل بنفس العقد كما يفهم من بعض كلام الشيخ[٢]،ويرشد إليه تعليل جماعة بأنه إذا كان العوض فاسداً وجب رد العوض الآخر، فإذا تعذر ردّه لصحة النكاح وجب مهر المثل[٣].

وكذا بنى بعض العامة[٤] القولين بوجوب مهر المثل أو القيمة، على أن الصداق اذا تلف قبل القبض يرجع الى مهر المثل أو بدل الصداق، فإن وجب مهر المثل اذا لم يبق الصداق فكذا يجب اذا لم يصلح المذكور لأن يكون صداقاً.

وإن وجب بدل الصداق هناك فقد نفي عقد الصداق مع فوات العين اعتماداً على المالية، فكذلك في الابتداء يحكم بانعقاد الصداق اعتماداً على المالية، وفيه ضعف؛ للفرق بين وجوب البدل بعد وجوب الصداق للحكم بصحته، وبين بطلان التسمية من أول الأمر بحيث ينعقد النكاح بدونه.

والمصنف في الارشاد قيّد وجوب مهر المثل بالدخول، والشارح الفاضل ولد المصنف جعل مناط الخلاف فيما يجب من المهر هو الوطء[٥]، وفي عبارته مسامحة؛ لأن التقييد بذلك على تقدير مهر المثل ظاهر، أما على تقدير القيمة فلا؛ لاعتبار التسمية على هذا التقدير.

---

(١) المبسوط ٤:٢٩٠.

(٢) الخلاف ٣:١ مسألة ١ كتاب الصداق.

(٣) منهم ابن حمزة في الوسيلة:٣٤٨، وابن ادريس في السرائر:٣٠٠، وفخر المحققين في الايضاح ٣:٢٠٣.

(٤) انظر: المجموع ١٦:٣٢٩، المغني لابن قدامة ٨:٢٤.

(٥) ايضاح الفوائد ٣:٢٠٢.

ولو تزوجها على ظرف خل فخرج خمراً صح العقد وثبت مهر المثل، وقيل: مثل الخل، وكذا لو تزوجها بعبد فبان حراً أو مستحقاً.

قوله: (ولو تزوجها على ظرف خل فخرج خمراً صح العقد، وثبت مهر المثل ،وقيل:مثل الخل، وكذا لو تزوجها بعبد فبان حراً).

اذا عقد على ظرف خل في زعمهما وعيّناه باشارة اليد فخرج خمراً، فقضية كلام الأصحاب صحة النكاح قولاً واحداً، وأما المهر فلا شبهة في فساده، وفيما يجب ثلاثة اقوال:

أحدها: مهر المثل، اختاره المصنف، وبعض الأصحاب[١]؛ لبطلان التسمية بسبب عدم صلاحية المسمّى، ولما امتنع ردّ المعوض وهو البضع لصحة النكاح وجب الرجوع الى قيمته وهو مهر المثل، وينبغي أن يكون وجوبه بالدخول؛ لأن صحة النكاح لا يستلزم وجوب المهر.

ويحتمل وجوبه بنفس العقد كما سبق الكلام فيه.

الثاني: انه يجب بقدره خلّا؛ لأنهما حيث عقدا على معيّن كان مرادهما ذلك المعيّن دون مهر المثل، وحيث عقدا على المعيّن على أنه خل فقد تراضيا على خل بقدر هذا؛ لأن الرضى بالجزئي يتضمن الرضى بالكلي إذ هو جزؤه، فمع بطلان الجزء ـ لظهور عدم صلاحيته لكونه بحسب الواقع خمراً ـ تعيّن وجوب الكلي؛ لأنه أحد الأمرين اللذين وقع التراضي بهما؛ ولأنه أقرب إلى المعقود عليه، لأنه مثله، وهو اختيار ابن ادريس[٢]، وابن الجنيد[٣] حيث قالا: لها ملؤه خلّاً وحسّنه المحقق ابن سعيد[٤]، وقال المصنف في المختلف: إنه اقوى[٥].

---

(١) منهم الشيخ في المبسوط ٤:٢٩٠.

(٢) السرائر:٣٠٤.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف:٥٤٧.

(٤) الشرائع ٢:٣٢٥.

(٥) المختلف:٥٤٧.

. . . .

ولقائل أن يقول: إن الكلي الذي وقع عليه التراضي بالعقد على الجزئي هو الكلي المقترن بالمشخصات الموجودة في ذهن المتعاقدين، وهذا يمتنع بقاؤه اذا ارتفعت المشخصات، والمحكوم بوجوبه غيره أعني الكلي في ضمن شخص آخر، وهذا لم يقع التراضي عليه أصلاً ولا تبعاً، فايجابه بالعقد ايجاب لما لم يتراضيا عليه.

وكونه أقرب الى المعقود عليه مع تسليم صحته لا يستلزم وجوبه؛ لأن المهر الذي يجب بالعقد هو ما تراضيا عليه، ولا يلزم من التراضي على أحد المثلين التراضي على الآخر.

الثالث: وجوب قيمة الخمر عند مستحليه، اختاره الشيخ في المبسوط[1] والخلاف[2]؛ لأن قيمة الشيء اقرب إليه عند تعذره، ولأنها عقدا على شخصي باعتبار ماليته فمع تعذره ـ لظهور بطلان الظن ـ وجب المصير الى المالية، وفيه نظر.

لأن الانتقال الى القيمة فرع صحة العقد على ذي القيمة؛ لأنه لم يقع التراضي عليها.

وامتن الأقوال الثلاثة دليلاً هو الأول، ثم عد الى عبارة الكتاب واعلم أن قوله: (ولو تزوجها على ظرف خل) يريد به كونه خلاً في ظنها.

وقوله:(صح العقد وثبت مهر المثل) يحتمل أن يريد به ثبوته بالعقد على حد القول بوجوب مثل الخل، ويحتمل أن يريد ثبوته بالدخول؛ لأنه قيمة البضع فيتوقف ثبوته على استيفائها، كما لو عقدا على غير مهر، ولم يتعرض الى القول الثالث.

وقوله: (وكذا له تزوجها بعبد فبان حراً) ينبغي أن يريد به ثبوت مهر المثل، ووجوب قيمة الحر على تقدير العبودية، ولا يتصور وجوب المثل هنا لانتفائه.

---

(١) المبسوط ٤: ٢٩٠.

(٢) الخلاف ٣: ٤ مسألة ١٠ كتاب الصداق.

ولو تزوجها على عبدين فبان أحدهما حراً لم ينحصر الصداق في الآخر، بل يجب بقدر حصة الحر من مهر المثل أو قيمته لو كان عبداً.

قوله: (ولو تزوجها على عبدين فبان أحدهما حراً، لم ينحصر الصداق في الآخر، بل يجب بقدر حصة الحر من مهر المثل، أو قيمته لو كان عبداً).

هذه متفرعة على القولين في المسألة السابقة، وصورتها أنه لو تزوج امرأة واصدقها عبدين بظنه فبان أحدهما حراً، بطل الصداق في الحر قطعاً، ولا ينحصر في العبد؛ لأنها لم ترض به وحده، بل يجب معه ما يقتضيه ضميمة الحر اليه، فيبنى على القولين السابقين في المسألة المتقدمة.

فعلى القول بعدم اعتبار المسمّى ووجوب مهر المثل يستعلم مهر المثل، فإذا كان خمسين مثلاً فينظر قيمة المعقود عليها معاً على تقدير عبودية الحر، وقيمة الحر منها لو كان عبداً، فإذا كانت عشرة استحقت من مهر المثل بنسبتها الى مجموع القيمتين وهو ثلاثة.

وعلى القول بوجوب قيمة المسمّى في المسألة السابقة يجب قيمة الحر على تقدير كونه عبداً مع العبد الآخر قلّت أو كثرت، وإلى ذلك اشار المصنف بقوله:(بل يجب بقدر حصة الحر من مهر المثل أو قيمته لو كان عبداً).

أي: بل يجب مع العبد الآخر من مهر المثل بقدر حصة الحر من مجموع المسمّى، فالجار يتعلق يجب، والمنسوب إليه الحصة وهو المسمّى محذوف في العبارة.

واعلم أن المصنف لم يذكر في هذه المسألة احتمال فساد الصداق جميعه، وقد ذكره فيما اذا ضم إلى المعلوم مجهولاً، ولم يتعرض الى احتمال تسلطها على الفسخ على القول بعدم بطلان الجميع؛ لفوات بعض المعقود عليه.

وقد أورد في التحرير عليه اشكالا[1]، وعندي في حكمها تردد، فإن القول

---

(١) التحرير ٢:٣٢.

ولو اصدقها عيناً، فخرجت مستحقة، فإن كانت مثلية فالمثل، وإلاّ فالقيمة، ويحتمل مهر المثل.

ببطلان التسمية في كل من العبد الحر مع تعلق الغرض بعين المعقود عليه وصلاحيته للعقد عليه مشكل، والقول بتلفيق الصداق من المسمّى ومهر المثل مع تنافي مقتضاهما أيضاً مشكل، والانتقال إلى قيمة الحر على تقدير العبودية مع عدم تسميته مشكل، فالتوقف اولى.

قوله: (ولو اصدقها عيناً فخرجت مستحقة، فإن كانت مثلية فالمثل، وإلاّ القيمة، ويحتمل مهر المثل).

هذه أيضاً من مسائل الباب، وصورتها أنه اذا أصدقها عيناً فخرجت مستحقة لغير المصدق بطل كونها صداقاً؛ لامتناع صحة نقل مال الغير، وفيما يجب لها وجهان:

أحدهما: أنه يجب لها مثل تلك العين إن كانت مثلية وقيمتها إن كانت قيمية؛ لأن العقد والتراضي جرى على تلك العين وقد تعذرايصالها، لأنها مال الغير، فوجب بدلها وهو المثل أو القيمة.

والثاني: أنه يجب مهر المثل؛ لفساد التسمية المقتضي لبطلان الصداق، وتعذر الرجوع

ويلوح من عباراتهم وجوبه بالتسمية، وبه صرح الشارح الفاضل ولد المصنف[1]، وفيه نظر؛ لأن بطلان المسمّى ليس تسمية لشيء آخر ولا يقتضيها، وإنما صح النكاح مجرداً عن المهر، وقد صرح الشارح السيد بأنه يكون بمنزلة من لم يسم مهراً.

ثم اعلم أن الشارح ولد المصنف ذكر في تحقيقه بناء الوجهين في المسألة على أن الصداق حقيقة أم لا.

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ٢٠٣.

الثاني: الجهالة، فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمّى وثبت مهر المثل؛ لتعذر تقويم المجهول،

فعلى الثاني يجب المثل أو القيمة اعتباراً بافادة ذكره التقدير بذلك القدر حيث كان التعيين لاغياً.

وعلى الأول يجب مهر المثل؛ لأن فساد العوض وتعذر الرجوع الى العوض يقتضي الرجوع الى قيمة المعوض، وهو مهر المثل.

ولقائل أن يقول: إنّ كون الصداق ليس عوضاً حقيقة لا يقتضي أن لا يكون عوضاً اصلاً، فلا يمتنع أن يكون فيه شبهة الأعواض اذا قوبل الصحيح منه بالبضع فيتعين، ويجب كما يجب سائر الأعواض في عقود المعاوضات، وإن لم يكن في اصله عوضاً فإنه يجوز اخلاء العقد عنه، ولا يتوقف صحة النكاح عليه، بخلاف الأعواض الحقيقية.

ولو سلّم يلزم منه أن المعقود عليه اذا فسد يجب الانتقال إلى بدله ما لم يجر له ذكر ولم يقع عليه تراض، وإنما يلزم ذلك من صحة النكاح مع فساده، وماسوى ذلك فهو محض دعوى عرية عن الدليل.

قوله: (الثاني: الجهالة، فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمّى ويثبت مهر المثل؛ لتعذر تقويم المجهول).

من جهات فساد الصداق المسمّى جهالته، فمتى عقد على مهر مجهول كعبد ودابة وشيء بطل المسمّى؛ لأن الصداق وإن لم يكن عوضاً في أصله، إلّا أنه اذا ذكر في العقد جرت عليه أحكام المعاوضات، والجهالة من موانع صحتها.

ويثبت هنا مهر المثل قولاً واحداً؛ لامتناع القول بوجوب قيمة المسمّى، لأن المجهول يتعذر تقويمه، وظاهرهم وجوب مهر المثل بنفس العقد كما مر في نظائره؛ لأن فساد المسمّى لا يوجب فساد التسمية، لأن اثرها عدم التفويض حيث لم يتراضيا على النكاح بغير مهر، وللنظر فيه مجال.

ولو ضمه إلى المعلوم احتمل فساد الجميع، فيجب مهر المثل واحتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي.

فلو زاد عن مهر المثل لم تجب الزيادة على الأول دون الثاني.

قوله: (ولو ضمه إلى المعلوم احتمل فساد الجميع، فيجب مهر المثل واحتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي، فلو زاد عن مهر المثل لم تجب الزيادة على الأول دون الثاني).

الثاني من صور الجهالة:ما اذا ضم المعلوم الى المجهول، وجعل المجموع صداقاً ففيه وجهان:

احدهما: فساد المهر من اصله؛ لأن المهر هو المجموع الحاصل من المعلوم والمجهول، وهو مجهول؛ لأن جهالة الجزء يستلزم جهالة الكل، لأن العلم بعوض المجهول موقوف على العلم بنسبة المعلوم الى الكل، وكذا بنسبة المجهول إليه، وهو ممتنع، فيكون العلم بالصداق ممتنعاً، فيبطل ويجب مهر المثل، وعلى هذا فلا يكون المعلوم من جملة الصداق الواجب، فلا يجب على الزوج دفعه عن مهر المثل بل له دفع غيره.

والثاني: انه يحتسب المعلوم من مهر المثل، وهذا الوجه يستجمع شيئين: وجوب مهر المثل، وكون المعلوم من المسمّى واجباً للزوجة.

أما الأول؛ فلأن المسمّى لما كان بعضه يمتنع كونه من جملة المهر لجهالته، وجب مهر المثل؛ لأن مقابل البضع إما المسمّى أو مهر المثل، ولما امتنع الأول تعيّن الثاني.

وأما الثاني ؛ فلأن المعلوم قد ذكر في العقد بخصوصه، والغرض يتعلق بخصوصيات الأموال، ولا دليل على بطلان تسميته من أصله، ولا يلزم من بطلان كون المهر الواجب بالتسمية أن لا يكون محسوباً من مهر المثل.

وقول الشارح الفاضل ولد المصنف: إنّ وجوب العين ومهر المثل يستلزم

. . . .

اجتماع النقيضين،إن أراد به وجوب العين باعتبار كونها المهر المسمّى فصحيح، وإن أراد وجوبها على أنها من مهر المثل فلا استحالة في ذلك[1].

اذا عرفت ذلك فالمعلوم: إما أن يكون بقدر مهر المثل، أو زائداًعليه، أو ناقصاً عنه. فإن كان بقدره لم يجب غيره؛ لانتفاء الموجب، وإن نقص وجب اكماله لامحالة، وإن كان زائداً وجبت الزيادة على هذا الاحتمال؛ لأنا صححنا التسمية فيه على أنه من مهر المثل، بخلاف ما اذا قلنا ببطلان المسمّى من أصله، وعدم اعتبار التسمية في المعلوم كالمجهول.

وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (فلو زاد عن مهر المثل لم تجب الزيادة على الأول دون الثاني) فإنه يريد بالأول احتمال فساد الجميع، وبالثاني احتساب المعلوم من مهر المثل.

واعلم أن المصنف ذكر فيما لو أصدقها عبدين فبان احدهما حراً احتمالين: أحدهما: وجوب قدر حصة الحر من مهر المثل، ولم يتعرض الى هذا الاحتمال هنا، وكأنه نظر الى أن المجهول يتعذر تقويمه فيتعذر معرفة حصته من مهر المثل، بخلاف الحر على تقدير عبوديته. ولو قيل بمجيء هذا الاحتمال باعتبار أن حصة المجهولة من مهر المثل يمكن استعلامها بطريقين:

أحدهما: ان المسمّى لما كان عبارة عن المعلوم والمجهول كان كل منهما مجهولاً جزءاً له، والأصل عدم التفاضل بينهما، فيكون كل واحد نصفاً، كما لو اوصى بشيء لزيد والملك، فإن لزيد النصف في وجه، فيكون حصة المجهول نصف مهر المثل.

والثاني: تقدير المجهول أقل ما يتمول؛ لأنه متيقن والزائد مشكوك فيه، فإذا جرى المعلوم أجزأ كل منها أقل ما يتموّل ضم المجهول اليها ونسب الى المجموع

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ٢٠٤.

. . . .

وأخذ له بتلك النسبة من مهر المثل.

وكيف كان فانا في هذه المسألة من المتوقفين.

ثم اعلم أيضاً أن الشارح الفاضل ولد المصنف ذكر احتمالين على تقدير احتساب المعلوم من مهر المثل:

أحدهما: أن يكون اداءً لمهر المثل، كما لو شرطا أداءً المسمّى الصحيح من مال بعينه.

والثاني: انه يجب لكونه جزءاً من المسمّى، ويجب للجزء الآخر وهو المجهول حصته من مهر المثل، ويستعلم حصته منه بأحد الطريقين اللذين مر ذكرهما، وزعم أن قول المصنف: (فلو زاد لم يجب الزيادة على الأول) اشارة إلى كون وجوب المعلوم لكونه أداءً لمهر المثل، وأن قوله: (دون الثاني) اشارة الى ايجاب المعلوم؛ لكونه جزءاً من المسمّى[1]. وما ذكره رحمه الله فاسد لوجوه:

الأول: ان المصنف لم يذكر في عبارته سوى احتمال فساد الجميع، واحتمال احتساب المعلوم من مهر المثل، فأرادته الأول والثاني على ما ذكره الشارح[2] ارادة لما ليس بمذكور، بل ولا يدل عليه شيء في كلامه أصلاً، وهو واضح الفساد.

الثاني: ان هذا الذي زعم أن المصنف أراده ولا دليل عليه فاسد في نفسه؛ لأن احتساب المعلوم من مهر المثل لا يستقيم إلاّ على الاحتمال الأول من الاحتمالين اللذين ذكرهما دون الثاني، لأن المعلوم على هذا الاحتمال واجب لكونه جزء المسمّى، وعوض الجزء المجهول حصته من مهر المثل، فلا يكون المعلوم محسوباً من مهر المثل على هذا الاحتمال، فكيف يكون متشعباً من احتساب المعلوم من مهر المثل.

الثالث: ان قوله بعدم وجوب الزيادة عن مهر المثل على الاحتمال الأول من

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ٢٠٤.

(٢) ايضاح الفوائد ٣: ٢٠٤.

ولو تزوج واشترى واستأجر بسط على مهر المثل وثمنه واجرته.

ولو زوجه جاريته وباعها منه بطل النكاح، وسقط من المسمّى بنسبة مهر المثل.

الاحتمالين اللذين ذكرهما غير مستقيم، فإنه مع كونه خلاف مدلول عبارة المصنف لا يمتنع أن يجب المعلوم لذكره بخصوصه في العقد، فإن ساوى مهر المثل أو زاد لم يجب شيء آخر لحصول مهر المثل مع الزيادة، وإن نقص وجب اكماله، فيكون مهر المثل واجباً، لعدم التسمية المعتبرة، ويجب الزيادة على تقدير حصولها لثبوت مقتضاها وانتفاء ما يدل على بطلانها.

والشارح السيد لم يزد على أن الأول هو احتمال الفساد في الجميع، والثاني هو احتساب المعلوم من مهر المثل، ولم يعرج على ما ذكره ولد المصنف.

قوله: (ولو تزوج واشترى واستأجر بسط على مهر المثل وثمنه واجرته).

أي: ثمن المثل واجرة المثل، وطريق البسط جمع مهر المثل وثمنه واجرته ونسبة كل منهما الى المجموع، والأخذ من المسمّى بنسبة كل الى المجموع. والضمير في (بسط) يعود إلى محذوف مدلول عليه؛ لأن المراد أنه تزوج واشترى واستأجر بعوض واحد.

وتصور ذلك سهل، فإنه اذا زوجته نفسها وباعته عبدها وآجرته دارها سنة بمائة تحقق ذلك، وإنما ذكر المصنف هذه المسألة هنا للرد على من يقول بفساد ذلك.

قوله: (ولو زوجه جاريته وباعها منه بطل النكاح وسقط من المسمّى بنسبة مهر المثل).

أي: لو زوج الولي جاريته من شخص وباعها منه، صح البيع وبطل النكاح، ويحتمل بطلانها.

ولو تزوج بها واشترى منها ديناراً بدينار بطل البيع، ووجب مهر المثل. والأقوى ما يقتضيه التقسيط من المسمّى،

أما صحة البيع؛ فلأن المقتضي لصحته ـ وهو الصيغة المعتبرة ـ موجود، ولا يضر بطلان النكاح؛ لأنه في قوة عقدين، ولا يلزم من بطلان أحد العقدين بطلان الآخر.

وأما بطلان النكاح؛ فلأن الزوج اذا طرأ ملكه لزوجته على النكاح بعد الحكم بصحته بطل النكاح، فإذا قارنه ابطله بطريق أولى.

وأما احتمال بطلانها؛ فلأنها شيئان تضمنها عقد واحد، فلا يوصف بعضه بالصحة وبعضه بالفساد. ويضعف بأن العقد وإن كان واحداً في الصورة إلّا أنه في الحقيقة عقدان؛ لأن نقل الأعيان على الوجه المخصوص بيع منضم الى النكاح، فلا يلزم من بطلان احدهما بطلان الآخر.

اذا تقرر ذلك فطريق تقسيط المسمّى على المهر وثمن المبيع: أن ينظر بمجموع مهر المثل للجارية وقيمتها السوقية، ثم ينسب كل واحد منها الى المجموع، فيأخذ له بمثل تلك النسبة من المسمّى، فإذا كان مهر المثل خمسين والقيمة مائة كان المهر ثلثاً والقيمة ثلثين، فإذا كان المسمّى مائة كان قسط المهر ثلثها يرجع الى الزوج؛ لبطلان النكاح، وقسط الثمن ثلثاها ستة وستون وثلثان يستحقها المولى.

قوله: (ولو تزوج بها واشترى منها ديناراً بدينار بطل البيع ووجب مهر المثل، والأقوى مايقتضيه التقسيط من المسمّى).

أي: لو تزوج رجل بامرأة واشترى منها ديناراً، وعوض الأمرين معا هو دينار واحد، فقدجمع بين النكاح والصرف على وجه يلزم منه الربا؛ لأن الثمن والمثمن من جنس واحد، وبعض المسمّى مهر لا محالة، فيبقى بعض الدينار في مقابل الدينار، فيبطل الصرف للربا.

ولو اختلف الجنس صح الجميع.

وفي قول يبطل النكاح أيضاً، والأصح صحته؛ لوجود المقتضي وهو العقد المركب من الايجاب والقبول، وانتفاء المانع إذ ليس إلاّ مقارنة الصرف المشتمل على الربا إياه، وهو غير صالح للمانعية؛ لأن بطلان احد العقدين المتقاربين لا يقتضي بطلان الآخر.

ويجب مهر المثل عند الشيخ في المبسوط[1]، احتجاجاً، بأن الدينار يقع في مقابلة الدينار فيبقى النكاح بغير مهر، وفيه نظر؛ لأن الدينار في مقابل كل من الدينار والبضع، فيكون لكل منهما منه ما يقتضيه التقسيط، ومن ثم لزم فساد البيع فيكون الأصح ما قوّاه المصنف.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

فإذا كان مهر مثلها عشرة دنانير مثلاً، قسّم الدينار المسمّى على أحد عشر جزءاً، لما قلناه من أنه مهر وثمن، ومهر المثل عشرة دنانير وثمن المثل دينار، فيكون المهر عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من الدينار، والثمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من الدينار.

قوله: (ولو اختلف الجنس صح الجميع).

أي: لو اختلف الجنس في المسألة المذكورة، بأن كان المبيع مثلاً درهماً والمسمّى ديناراً وبالعكس، صح النكاح والصرف؛ لانتفاء الربا حينئذٍ؛ لأن التفاضل مع اختلاف الجنس غير قادح في الصحة، لكن لابد من التقابض في المجلس هنا؛ لأن الصرف يبطل بالتفرق قبله.

ولا يخفى أن المصنف إنما ذكر هذه المسائل هنا وإن لم يكن من مسائل جهالة المهر؛ لدفع توهم من عدّها من صور الجهالة.

---

(١) المبسوط ٤: ٢٨٩.

الثالث: الشرط، ولو شرط في العقد ما لا يخل بمقصود النكاح وإن كان غرضاً مقصوداً في الجملة لم يبطل النكاح.

بل الشرط إن خالف المشروع مثل أن يشترط أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أولا يمنعها من الخروج، أو لا يقسم لضرتها، فالعقد والمهر صحيحان، ويبطل الشرط خاصة.

وكذا لو شرط تسليم المهر في أجل، فإن لم يسلمه كان العقد باطلاً، فإنه يبطل الشرط خاصة.

وفي فساد المهر وجه، فإن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق، ويتعذر الرجوع الى قيمة المشروط فيثبت مهر المثل.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

قوله: (الثالث: الشرط، ولو شرط في العقد مالا يخل بمقصود النكاح وإن كان غرضاً مقصوداً في الجملة، لم يبطل النكاح، بل الشرط إن خالف المشروع مثل أن يشترط أن لا يتزوج عليها ، أو لا يتسرى، أو لا يمنعها من الخروج، أو لا يقسم لضرتها، فالعقد والمهر صحيحان ويبطل الشرط خاصة.وكذا لو شرط تسليم المهر في اجل، فإن لم يسلم كان العقد باطلاً، فإنه يبطل الشرط خاصة، وفي فساد المهر وجه، فإن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق، ويتعذر الرجوع الى قيمة الشرط فيثبت مهر المثل).

الشروط التي تذكر في عقد النكاح أقسام: منها ما يخل بمقصود النكاح، ومنها ما يقتضيه عقد النكاح، ومنها ما لا يكون واحداً من الأمرين، وهو إما أن يخالف المشروع أو لا يخالفه، ومنها ما لا يتعلق به غرض .

فالأول: مثل أن يشترط في النكاح أن يطلقها أو لا يطأها، ونحو ذلك.ومقتضى القولين عدم صحة النكاح والشرط في هذا القسم؛ لأن عقد النكاح يقتضي ثبوت

الشرط، وثبوت الشرط يقتضي رفع النكاح لما بينهما من المنافاة، لأن الشرط لما كان منافياً لمقتضى النكاح كان منافياً له، وثبوت أحد المتنافيين يقتضي رفع الآخر، وقد تقدّم قبل النكاح المنقطع بيان حكم بعض أفراد هذا النوع.

والثاني: مثل أن يشترط أن يقسم لها أو ينفق عليها أو لا تخرج إلّا باذنه، ونحو ذلك. وحكمه أن ذلك ثابت مع الشرط وبدونه، وفائدة الاشتراط تأكيد الثبوت.

وأما الثالث: فإن خالف المشروع، مثل أن يشترط لها أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسري، أو لا يمنعها من الخروج حيث شاءت، أو لا يقسم لضرتها، ونحو ذلك، فقد صرح المصنف بأن المهر والعقد صحيحان والشرط فاسد. وكذا غيره من الأصحاب كالشيخ في المبسوط[١]، وابن حمزة[٢]، وابن ادريس[٣]، وغيرهم[٤]. أما فساد الشرط فظاهر، وأما صحة العقد فلاطباق الأصحاب عليه.

يلوح ذلك من عبارة الشيخ في المبسوط، حيث قال في هذه المسألة:ولا يفسد المهر عندنا ، فإن صحة المهر إنما يكون مع صحة العقد، وفرّقوا بين هذا النوع من الشروط وبين النوع الأول، حيث صرح جمع ببطلان العقد من رأس هناك وصرحوا بالصحة هنا، وكأنهم نظروا إلى ظهور المنافاة بين العقد والشرط هناك وانتفائه هنا؛ لأن غاية تأثير فساد هذا النوع من الشروط أن يؤثر في فساد المهر، وفساده لا يقتضي فساد النكاح؛ لأنه غير مشروط به، بخلاف البيع ونحوه.

وأما المهر فقد صرح اكثرهم بصحته ايضاً؛ لوجودالمقتضي للصحة،إذ ليس إلّا الشرط الفاسد وهو غير صالح للمانعية؛ لأن فساد أحد الشيئين المتضمن لا يقتضي

(١) المبسوط ٤:٣٠٣.

(٢) الوسيلة:٣٥٠.

(٣) السرائر:٣٠٣.

(٤) منهم ابن البراج في المهذب ٢:٢٠٧.

. . . .

فساد الآخر، وفي وجه أنه يفسد وإليه الاشارة بقوله: (وفي فساد المهر وجه).

أي: وفي فساد المهر في المسائل المذكورة وجه، وأشار إلى دليله بقوله: (فإن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق...).

وتقريره: إن فساد الشرط يقتضي فوات بعض العوض ؛ لأن العوض في الحقيقة مركب من المسمّى والشرط؛ لأن الشرط ارتفاق فهو في حكم المال،والرجوع الى قيمته متعذر؛ للجهالة، فيجهل الصداق،فيتعين الرجوع إلى مهر المثل.

ولقائل أن يقول: إن الدليل أخص من الدعوى؛ لأن الدليل لو تمّ إنما ينتج ثبوت مهر المثل اذا كان الشرط من الزوج للزوجة ليكون بعض العوض ؛ لأنه اذا كان من الزوجة للزوج لا يكون بعض العوض فلا يتجهل الصداق بفواته.

ويمكن الجواب: بأن الدليل مركب من أمرين، ذكر أحدهما ونبّه بالمذكور على ما لم يذكره.

وتقريره: ان الشرط إما من الزوج للزوجة، أو من الزوجة للزوج. فإن كان الأول فوجهه ما تقدم، وإن كان الثاني فوجهه أن الشرط حينئذٍ بمنزلة بعض العوض، والصداق مبذول في مقابل الجميع، وبفساد الشرط يفوت بعض المعوض ، وقيمته مجهولة على ما سبق، فلا يعلم نصيب الباقي من المعوض من الصداق فيثبت مهر المثل، وهنا كلامان:

أحدهما: إن اطلاق عبارة المصنف يعم ما إذا كان مهر المثل بقدر المسمّى أو أزيد أو انقص . وفي وجه أنه إن زاد المسمّى والشرط لها فالواجب المسمّى؛ لأنه قد رضي ببدله مع التزام ترك حق، فمع انتفاء اللزوم يكون الرضى بالمسمّى أولى. وكذا إن نقص والشرط عليها؛ لأنها قد رضيت بذلك القدر مع ترك حق لها فبدونه أولى، وليس هذا الوجه ببعيد.

الثاني: انه قد سبق في بحث الجهالة فيما لو ضم المجهول الى المعلوم، أن فيه

. . . .

احتمالين: احدهما وجوب مهر المثل، والآخر احتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي، فينبغي أن يطرد الاحتمالان هنا؛ لأن هذه أيضاً من مسائل ذلك الباب، واطلاق المصنف وجوب مهر المثل على القول بفساد المهر ينافي الاحتمال الثاني.

ويمكن أن يتعذر له بأن الاحتمالين لما كانا مذكورين قبل هذا البحث بيسير اعتمد على ظهور اطرادهما هنا فلم يتعرض اليهما، ثم تنبه لشيئين:

الأول: ان اللائح من قول المصنف: (وكذا لو شرط تسليم المهر في أجل ...) أن هذه من صور اشتراط ما لا يخل بمقصود النكاح، وليس بواضح؛ لأن الشرط المذكور يخل بنفس النكاح، وما أخل بنفس النكاح فهو مخل بمقصوده لا محالة.

فإن قوله: (فإن لم يسلم كان العقد باطلاً) من جملة الشرط، وهو أشد منافاة للعقد من اشتراط الطلاق، وقد صرح الشارح الفاضل ولد المصنف بأن الشرط المذكور مخل بمقصود النكاح، وزعم أن النكاح معه صحيح[١].

وقد روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى علي عليه السلام في رجل يتزوج المرأة الى أجل مسمّى، فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمّى فهي امرأته، وإن لم يجئ بالصداق فليس له عليها سبيل شرطوا بينهم حيث انكحوا، فقضى أن بيد الرجل بضع امرأته واحبط شرطهم»[٢].

وقد ذكر المصنف في التحرير أن الرواية حسنة، لكن المتبادر منها أن التزوج الى أجل مسمّى، وذلك غير محل النزاع، فالبطلان أوجه[٣].

الثاني: ان قول المصنف: (وفي فساد المهر وجه) الظاهر أنه يتعلق بجميع

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ٢٠٧.

(٢) الكافي ٥: ٤٠٢ حديث ١، التهذيب ٧: ٣٧٠ حديث ١٤٩٨.

(٣) التحرير ٢: ٣٤.

ولو شرط أن لايقتضها لزم الشرط، فإن أذنت بعد ذلك جاز، وعندي فيه اشكال، وقيل: يختص بالمؤجل.

المسائل التي ذكر كون الشرط فيهافاسداًوالنكاح صحيحاً؛ لأن إلوجه ثابت في الجميع، فلا معنى لقصره على المسألة الأخيرة كما تخيّله الشارح الفاضل ولدالمصنف[1]، وذكره بعد هذه المسألة لا يقتضي اختصاصه بها.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن هذا حكم ما اذا خالف الشرط المشروع ولم يخل بمقصود النكاح، فلو لم يخل ولم يخالف المشروع فلا بحث في الصحة.

ويستفاد من قول المصنف: (وإن كان غرضاً مقصوداً في الجملة) أن ما لم يخل بمقصودالنكاح وليس بمشروع لا يصح اشتراطه، سواء كان غرضاً مقصوداً في الجملة أو ليس بمقصود اصلاً. ويفهم منه أن ما ليس مخلاً بمقصودالنكاح اذا كان مشروعاً يصح اشتراطه، سواء كان غرضاً مقصوداً أم لا، وفيه نظر؛ لأن الأوجه إلغاء ما لا يتعلق به غرض أصلاً، كما لو شرط أحدهما مكيالاً أو صنجة معيّنة دون ما سواه، فإنه قد تقدم في السلف إلغاء مثل هذا الشرط ففي النكاح أولى.

قوله: (ولو شرط ألّا يقتضها لزم الشرط، فإن أذنت بعد ذلك جاز، وعندي فيه اشكال، وقيل: يختص بالمؤجل).

لو شرط الزوجان في العقد عدم اقتضاض الزوجة حيث كانت بكراً، ففي صحة العقد والشرط أو فسادهما، أو صحة العقد وفساد الشرط ثلاثة اقوال للأصحاب:

أحدها: القول بصحتهما، اختاره الشيخ في النهاية[2]؛ محتجاً برواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق على أن لا

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ٢٠٧.

(٢) النهاية: ٤٧٤.

. . . .

يقتضها، ثم اذنت له بعد ذلك، فقال: «اذا أذنت له فلا بأس»[١].

وبرواية سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل جاء الى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها، فقالت: ازوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت من نظر أو التماس، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله، إلاّ أنك لا تدخل فرجك في فرجي، وتتلذذ مني بما شئت، فإني اخاف الفضيحة، قال: «ليس له منها إلاّ ما اشترطته»[٢].

والثاني: القول بصحة العقد وبطلان الشرط، اختاره ابن البراج[٣]، وابن ادريس[٤]، اما صحة العقد فلصدوره من أهله في محله، والأصل في العقود الصحة، وأما بطلان الشرط: فلأنه مناف لمقتضى العقد.

والثالث: القول بصحة الشرط في المتعة وبطلانه[٥] في الدوام، اختاره الشيخ في المبسوط[٦]، وقطب الدين الكيدري[٧]، والمصنف في المختلف[٨] وهو الأصح.

أما الصحة في المتعة: فلعموم قوله تعالى: ﴿اوفوا بالعقود﴾[٩]، وقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[١٠]. وليس هذا الشرط يقتضي نكاح المتعة، فإن المقصود الأصلي منه التمتع والتلذذ وكسر الشهوة دون التوالد والتناسل، وذلك لا

---

(١) الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٣، التهذيب ٧: ٣٦٩ حديث ١٤٩٦.

(٢) التهذيب ٧: ٣٦٩ حديث ١٤٩٥.

(٣) المهذب ٢: ٢٠٧.

(٤) السرائر: ٣٠٣.

(٥) في نسخة «ش»: وبطلان العقد.

(٦) المبسوط ٤: ٣٠٤.

(٧) نقله عنه العلاّمة في المختلف: ٥٤٥.

(٨) المختلف: ٥٤٥.

(٩) المائدة: ١.

(١٠) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

. . . .

يستدعي الوطء، وعليه تنزل الأخبار الواردة بالصحة[١] وإن ضعف السند.

وأما البطلان في الدوام؛ فلأنه مناف لمقتضاه؛ لأن المقصود الأصلي منه النسل، وهو يستدعي الوطء،ويكون الشرط فاسداً ويفسد به العقد، للمنافاة،ولعدم الرضى بالعقد إلاّ به.

ويظهر من عبارة ابن حمزة قول رابع وهو بطلان الشرط دون العقد في الدائم، وصحتها في نكاح المتعة[٢].

ثم عد إلى عبارة الكتاب وتنبّه لأُمور:

أ: إن اشتراط عدم الوطء بمنزلة اشتراط عدم الاقتضاض ، فيأتي فيه ما سبق. وهل اشتراط عدم التقبيل ونحوه من مقدمات الوطء وتوابعه كذلك؟ لم أقف فيه على شيء، وإلحاقه باشتراط عدم الوطء ليس ببعيد، وينبغي أن يسوّى في ذلك الدائم والمتعة.

ب: منشأ الاشكال الذي ذكره المصنف ظاهر مما قررناه، فإن عموم الآية[٣] والرواية[٤]تقتضي الصحة مطلقاً، وكذا رواية اسحاق بن عمار وسماعة بن مهران السالفتين. ومنافاة الشرط لمقصود النكاح ومخالفته لظاهر الكتاب والسنة يقتضي بطلانه، وبه يبطل العقد؛ لما تقدّم.

ج: الضمير في قوله: (وقيل: يختص بالمؤجل) يعود إلى لزوم الشرط المذكور، أي: وقيل: يختص لزوم الشرط، وهو اشارة إلى قول الشيخ فيالمبسوط[٥]،ويمكن أن

(١) التهذيب ٧:٣٦٩ حديث ١٤٩٥.

(٢) الوسيلة:٣٥٠.

(٣) المائدة:١.

(٤) التهذيب ٧:٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣:٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(٥) المبسوط ٤:٣٠٤.

ولو شرط الخيار في النكاح بطل العقد، وإن شرطه في المهر صح العقد والمهر والشرط، فإن اختار بقاءه لزم، وإلّا ثبت مهر المثل.

يكون اشارة الى قول ابن حمزة[1]؛ لأنه لم يتعرّض إلى صحة العقد الدائم وفساده، وإنما يدل كلامه على بطلان الشرط.

د: على القول بصحة العقد وفساد الشرط يطرد الوجه بفساد المهر هنا، فتصير هذه المسألة من مسائل هذا الباب.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنها اذا شرطت عدم الاقتضاض حيث يصح الشرط لزم ولم يجز له فعله، فإن أذنت بعد ذلك ففي جوازه بالاذن قولان:

أحدهما: الجواز؛ لأن المنع حق لها فيزول باذنها، ولرواية اسحاق بن عمار السابقة[2].

وثانيهما: العدم؛ لأن الفروج لا تحل بالاذن بل بالعقد، ولما لم يكن العقد مثمراً للحل لم يكن للاذن اعتبار، والرواية ضعيفة، فالأصح العدم[3].

واعلم أن الضمير في قوله: (فيه) من قوله: (وعندي فيه اشكال) يعود الى ما دل عليه الكلام السابق من لزوم الشرط وجواز الاقتضاض بعد العقد بالاذن، ويكون مرجع الضمير في قوله: (يختص) من قوله: (وقيل يختص بالمؤجل) هو ذلك أيضاً، ويمكن أن يكون مرجعه هو لزوم الشرط، إلّا أنه يلزم اختلاف مرجع الضمائر بغير مائز، وليس بجائز.

قوله: (ولو شرط الخيار في النكاح بطل العقد، وإن شرط في المهر صح العقد والمهر والشرط، فإن اختار بقاءه لزم، وإلّا ثبت مهر المثل).

لا يصح اشتراط الخيار في نفس النكاح قطعاً؛ لان في النكاح شائبة التعبد،

---

(١) الوسيلة: ٣٥٠.

(٢) ذهب اليه الشيخ في النهاية: ٤٧٤.

(٣) ذهب اليه الشيخ في المبسوط ٤: ٣٠٤.

. . . .

وليس هو من عقود المعاوضات، فلو شرط فيه بطل الشرط والعقد عند عامة الفقهاء؛ لأنه يخرجه عن وضعه.

ولو شرط الخيار في الصداق صح قطعاً؛ لانتفاء المانع؛ لأن الصداق ليس ركناً في النكاح، وإنما هو عقد مستقل بنفسه، والمقصود منه المال، فإذا شرط فيه الخيار صح، ولا يبطل الصداق عندنا.

وللعامة في بطلان الشرط والصداق معاً، وصحتهما معاً، وصحة الصداق وبطلان الشرط ثلاثة أوجه[1].

فإذا اشترط واختار بقاءه لزم، وإن اختار الفسخ انفسخ وثبت مهر المثل بالدخول.

وهل يجب في اشتراط الخيار تعيين مدة ثبوته بحيث لا يحتمل الزيادة والنقصان، أم يجوز اشتراطه مطلقاً من غير تعيين لزمانه؟

عبارات الفقهاء مطلقة خالية من التعرض إلى ذلك نفياً واثباتاً، لكن في المبسوط عنون المسألة باشتراط الخيار في الصداق ثلاثاً[2]، وهو غير صريح في اشتراط التعيين، لكنه يشعر به.

ولو قيل باشتراط التعيين أمكن كما في البيع ونحوه؛ لأن في النكاح معنى المعاوضة، فيراعى فيه انتفاء الغرر.

وقول المصنف: (فإن اختار بقاءه لزم) المراد به: ان المشترط للخيار من الزوجين ان اختار بقاء المهر لزم واندفع عنه التزلزل.

وقوله: (وإلا ثبت مهر المثل) ظاهره يتناول أمرين: اختيار الفسخ، وعدم اختيار شيء، وهو صحيح بالنسبة إلى الأول دون الثاني، فإنه إذا لم يختر شيئاً بقي الخيار ثابتاً بحاله.

---

(١) انظر المجموع ١٦: ٣٣٨.

(٢) المبسوط ٤: ٣٠٤.

ولو سمّى لها شيئاً ولأبيها شيئاً لزم مسمّاها خاصة.

ولو أمهرها شيئاً وشرط أن يعطي اباها منه شيئاً، قيل: لزم الشرط.

قوله: (ولو سمّى لها شيئاً ولأبيها شيئاً لزم مسمّاها خاصة، ولو أمهرها شيئاً وشرط أن يعطي أباها منه شيئاً، قيل: لزم الشرط).

هنا مسألتان؛ لأنه إما أن يكون المسمّى للأب خارجاً عن المهر، أو من جملة المهر.

الاولى: أن يكون خارجاً عن المهر فيصح العقد ويلغو ما سماه للأب، صرح به الشيخ في النهاية[1]، وعامة الأصحاب؛ لرواية الوشاء عن الرضا عليه السلام انه سمعه يقول: «لو أن رجلاً تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألف وجعل لأبيها عشرة آلاف، كان المهر جائزاً والذي جعله لأبيها فاسداً»[2].

وقال ابن الجنيد: ولا يلزم الزوج غير المهر من جعالة جعلها الولي أو واسطة، ولو وفى الزوج بذلك تطوعاً كان أحوط، فإن طلقها قبل الدخول لم يكن عليه إلاّ نصف الصداق دون غيره، فإن كان قد دفع ذلك يرجع بنصف المهر وكل الجعالة على الواسطة[3].

وقال المصنف في المختلف: إن كان قد جعل للواسطة شيئاً على فعل مباح وفعله لزمه ولم يسقط منه شيء بالطلاق[4]. وما ذكره المصنف صحيح، إلاّ أنه على ما فرض لا دخل لذكر ذلك في العقد بالنسبة الى اللزوم وعدمه.

وينبغي أن يكون موضوع المسألة ما اذا اشترط لأبيها شيئاً، يكون ثبوته مستنداً الى عقد النكاح. أما اذا اشترط له شيئاً على جهة التبرع خارجاً عن المهر

---

(١) النهاية: ٤٧٣.

(٢) التهذيب ٧: ٣٦١ حديث ١٤٦٥، الاستبصار ٣: ٢٢٤ حديث ٨١١.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٩.

(٤) المختلف: ٥٤٩.

. . . .

وعن كونه جعالة فيناسب الاصول الصحة، إذ لا مانع من صحة هذا الشرط ولزومه، لأنه فعل سائغ شرعاً، فيدخل في عموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[1].

ولا فرق في ذلك بين كون الاشتراط المذكور باستدعاء الزوجة، أو بفعل الزوج ابتداءً. وينبغي على تقدير الصحة أن لا يؤثّر الطلاق في شيء من الشرط المذكور.

الثاني: أن يكون من جملة المهر، فظاهر كلام ابن الجنيد لزومه؛ لأنه قال: فإن كانت المرأة اشترطت رجع عليها بنصف صداقها ونصف ما أخذه مَنْ شرطت له ذلك، يعني مع الطلاق. قال: لأن ذلك كله بعض الصداق الذي لم يرض نكاحها إلاّ به.

وقال المصنف في المختلف: إن المسمّى للواسطة إن لم يكن على جهة الجعالة بل ذكره في العقد، لم يكن عليه منه شيء سواء اطلق أو لا. وأورد عليه شيخنا الشهيد في شرح الارشاد أن ذلك شرط مباح فيلزم؛ لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم».

والذي يقتضيه صحيح النظر أن ما سمّاه للأب على أنه من جملة المهر إن قصد كونه للأب ابتداءً لا من قبل الزوجة فهو باطل؛ لأن بعض المهر يمتنع كونه ابتداءً لغير الزوجة، وعليه تنزل رواية الوشاء السالفة.

فإن كان قد سمّى المجموع للزوجة مهراً، وشرط عليها أن تدفع الى أبيها منه شيئاً على جهة التبرع منها والاحسان، فالفساد لا وجه له؛ لأن ذلك شرط لا يخالف الكتاب والسنة فلا وجه لابطاله.

وعلى هذا فلو طلقها رجع بنصف المجموع؛ لأن جميعه هو المهر، والشق الثاني مما ذكرناه هو المسألة الثانية في العبارة.

---

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

ولـو شرط ألا يخرجها من بلدها، قيل: لزم الشرط للرواية، وهل يتعدّى إلى منزلها ؟ اشكال.

وأشار بقوله: (قيل: لزم الشرط) إلى القول المحكي عن ابن الجنيد في عقد النكاح[١]، واعلم أنه لا فرق بين الأب وغيره بالنسبة إلى الشرط المذكور حيث يصح أو يفسد.

قوله: (ولو شرط أن لا يخرجها من بلدها، قيل: لزم الشرط؛للرواية، وهل يتعدى الى منزلها؟ اشكال).

أي: لو شرط الزوج للزوجة في عقد النكاح ألا يخرجها من بلدها الذي هي قاطنة به، قيل: لزم الشرط، والقائل بذلك الشيخ في النهاية[٢]، وابن البراج[٣]، وابن حمزة[٤]، والمصنف في المختلف[٥].

والرواية المشار اليهاهي رواية أبي العباس الصحيحة عن الصادق عليه السلام: في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها من بلدها، قال: «يفي لها بذلك أو قال: يلزمه ذلك»[٦].

وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف إلى بطلان الشرط[٧]، وكذا ابن ادريس[٨]؛ لان الاستمتاع بالزوجة في الأزمنة والأمكنة حق للزوج في أصل الشرع، وكذا السلطنة له عليها في ذلك حق له ثابت،فإذا شرط ما يخالفه وجب أن يكون باطلاً،

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف:٥٤٩.

(٢) النهاية:٤٧٤.

(٣) المهذب ٢:٢١٢.

(٤) الوسيلة:٣٥٠.

(٥) المختلف:٥٢٦.

(٦) الكافي ٥:٤٠٢ حديث ٢، التهذيب ٧:٣٧٢ حديث ١٥٠٦.

(٧) المبسوط ٤:٣٠٣، الخلاف ٣:١٠ مسألة ٣٢ كتاب الصداق.

(٨) السرائر:٣١٢.

ولو شرط لها مهراً إن لم يخرجها من بلدها، وأزيد إن أخرجها، فأخرجها إلى بلد الشرك لم يلزم اجابته ولها الزائد.

وإن أخرجها الى بلد الاسلام كان الشرط لازماً، وفيه نظر.

وهو الأقوى.

وتحمل الرواية على الاستحباب، ولا يبطل العقد؛ لدلالة الرواية على صحته.

إذا تقرر ذلك، فعلى القول باللزوم لو شرط لها أن لا يخرجها من منزلها هل يتعدى الحكم باللزوم من المسألة الأُولى إلى هذه؟ فيه اشكال ينشأ: من أن ذلك غرض مطلوب للعقلاء وليس بممنوع منه شرعاً، فجاز اشتراطه؛ لعموم قوله عليه‌السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[١]. ومن أن اشتراط ذلك على خلاف الأصل؛ لما قلناه من أن سلطنة اسكان الزوجة بيد الزوج، فيقتصر فيه على مورد النص، والأصح عدم التعدي.

قوله: (ولو شرط لها مهراً إن لم يخرجها من بلدها، وأزيد إن أخرجها، فاخرجها إلى دار الشرك لم يلزم اجابته ولها الزائد، وإن اخرجها إلى بلاد الاسلام كان الشرط لازماً، وفيه نظر).

القول بلزوم الشرط على الوجه المذكور قول الشيخ في النهاية[٢]، وابن البراج[٣]، وابن حمزة[٤]. ومستنده ما روي في الحسن عن علي بن رئاب عن الكاظم عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه الى بلاده، وإن لم تخرج معه فمهرها خمسون ديناراً، أرأيت إن لم تخرج معه الى بلاده؟ قال: فقال: «إن أراد أن يخرج بها الى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك،

---

(١) التهذيب ٧:٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣:٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(٢) النهاية:٤٧٤.

(٣) المهذب ٢:٢١٢.

(٤) الوسيلة:٣٥٠.

ولو شرط عدم الانفاق بطل الشرط.

الرابع: استلزام ثبوته نفيه، كما لو قبل نكاح عبد جعل رقبته صداقاً لحرة أو لمن انعتق بعضها، فإن النكاح يبطل.

ولها مائة دينار التي اصدقها اياها. وإن أراد أن يخرج بها الى بلاد المسلمين ودار الاسلام فله ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم،وليس له أن يخرج بها الى بلاده حتى يؤدي لها صداقها، أو ترضى من ذلك بما رضيت وهو جائز له»[١].

وفي هذه الرواية مخالفة لأصول المذهب من وجهين:

أحدهما: إن الصداق غير معيّن، بل هو خمسون على تقدير، ومائة على تقدير آخر.

والثاني: وجوب المائة على تقدير ارادة الخروج بها الى بلاد الشرك، وان لا شرط له عليها، وذلك خلاف الشرط؛ لأن استحقاقها للمائة إنما هو على تقدير خروجه بها الى بلاده على ما عيّن في العقد، ومع ذلك فليست من الصحيح.

وجمع من الأصحاب لا يعملون بها، فلا تكاد تنهض حجة في العدول عن مقتضى أُصول المذهب. ومنشأ النظر الذي ذكره المصنف: من عموم الآية والرواية بالوفاء بالشرط، ومن مخالفة الشرط؛ لما دل عليه الكتاب والسنة من كون سلطنة الإسكان حق للزوج، ومنافاة اصول المذهب. ولم أجد تصريحاً لأحد ببطلان الشرط والعقد معاً، بل القائلون بعدم الصحة قصروا البطلان على الشرط خاصة.

قوله: (الرابع: استلزام ثبوته نفيه، كما لو قبل نكاح عبد جعل رقبته صداقاً لحرة أو لمن انعتق بعضها، فإن النكاح يبطل).

السبب الرابع من أسباب فساد المهر استلزام ثبوته نفيه، وذلك إما أن يكون باعتبار تأثيره في رفع النكاح أو لا، وقد مثل المصنف لكل منها بمثال معلوم.

---

(١) الكافي ٥: ٤٠٤ حديث ٩، التهذيب ٧: ٣٧٣ حديث ١٥٠٧.

مثـال الأول: ما اذا قبل السيد النكاح لعبده والزوجة حرة أو بعضها حر، وجعل رقبته صداقاً لها، أو اذن له في النكاح كذلك وكان بالغاً، فإن الصداق يبطل؛ لأنه لو صح ملكت زوجها أو بعضه فيفسخ النكاح ويبطل الصداق.

ولا يصح النكاح أيضاً؛ لأنه اقترن به ما ينافيه، وكان كما لو شرط الطلاق، ولأن ملكها للزوج لو طرأ في دوام النكاح أبطله، فإذا قارن الابتداء منع الانعقاد، كذا قيل.

وقد يقال: إن المقارن هنا هو الشرط المقتضي للملك لا نفس الملك، وقد ذكر المصنف هذه المسـألة في الخاتمة قبل نكاح المنقطع، وحكم ببطلان الصداق وصحة النكاح، ثم رجع عن ذلك هنا الى القول ببطلانها، وهو الأوجه؛للمنافاة .

وإنما قيّد المصنف المسألة بجعل رقبته صداقاً لحرة؛ لأنه لو جعله صداقاً لأمة لصح النكاح والصداق، لأن المهر حق للسيد دونها، وليس فيه سوى اجتماع الزوجين في ملك شخص واحد، وذلك غير مانع من صحة العقد.

وإذا طلقها الزوج قبل الدخول فإلى مَن يعود نصف العبد الذي هو الزوج والصداق؟ ينبغي أن يبنى على أن السيد اذا باع عبده بعد أن نكح باذنه ثم طلق قبل الدخول، وبعد أداء المهر إلى من يعود النصف، وفيه أوجه:

أحـدهـا: أنه يعود إلى المشتري؛ لأنه ملك تجدد بالطلاق، وقد وقع في ملك المشتري فيكون له كسائر الاكتساب الحاصلة من العبد بعد الشراء.

الثاني: انه يعود الى البائع؛ لأنه وجب في ملكه، فإذا سقط منه شيء عاد إليه.

الثالث: إن أداه البائع من ماله أو أداه من كسب العبد قبل البيع عاد اليه؛ لأن أصله له، فإذا سقط منه شيء عاد إليه، وإن أدى من كسبه بعد البيع عاد الى المشتري. ولو اعتق العبد ثم طلق قبل الدخول، فإن قلنا في الصورة السابقة بالعود الى البائع عاد هنا إلى المعتق، وإن قلنا بالعود إلى المشتري عاد هنا إلى العتيق.

أما لو زوّج ابنه من امرأة وأصدقها أُم ابنه أو اخته من مال نفسه فسد الصداق؛ لأنها لاتدخل في ملكها ما لم يدخل في ملكه، فتعتق عليه، فيصح النكاح دون المهر.

قولـه: (أمـا لو زوّج ابنه من امرأة وأصدقها أُم ابنه أو اخته من مال نفسه فسد الصداق؛لأنهالا تدخل في ملكها ما لم تدخل في ملكه فتعتق عليه فصح النكاح دون المهر).

هذا هو مثال الشق الثاني،وتحريره: إنه إذا استولد أمة لغيره ولداً حراً ثم ملكها، وقبل لابنه منها له نكاح امرأة وجعل امّه صداقاًلها، أو كان للولد اخت من أمة مملوكة ثم ملكها الأب ثم جعلها صداقاًلزوجة الابن، فإن الصداق في كل من الصورتين لا يصح؛ لأن كلاً من الام والاخت لا يدخل في ملك الزوجة ما لم تدخل في ملك الزوج الذي هو الولد؛لاستحالة أن يملك الانسان شيئاً على جهة المعاوضة وعوضه الحقيقي مال لغيره.

ولهذا لو طلّق الصبي بعد بلوغه قبل الدخول، وقد زوجه أبوه وأصدق عنه من ماله، يعود النصف إليه لا إلى الأب على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. وحينئذٍ فتعتق كل منهـا على الولد؛ لدخولها في ملـكه فيمتنع انتقالها إلى المرأة صداقاً، فيبـطل الصداق. لكن لا يبطل النكاح هنا؛ لأن العتق إنما يقتضي بطلان الصداق، ولا منافاة بينه وبين النكاح.

ثم عُدْ إلى عبارة الكتاب واعلم أن قوله: (لو زوج ابنه) يندرج فيه الصغير والبالغ اذا أذن، ولا فرق بينها في تطرق المحذور السابق، ويندرج في المرأة الحرة والمملوكة، والحكم فيهما لا يختلف ولو قال: أم الابن لكان أولى، إذ لا يتعين في العبارة أن يكونالابن الثاني هو المذكور أولاً؛ لصدقه على غيره، وحينئذٍ فلا يلزم انعتاق الام؛ لإمكان كونها أُماً لابن آخر دون الزوج.

وقوله: (من مال نفسه) لا يكاد تظهر للتقييد به فائدة؛ لأنه لو كان من مال

الخامس: أن يزوّج الولي بدون مهر مثلها فيصح العقد، وفي صحة المسمّى قولان،

غيره لم يختلف الحكم.

قوله: (الخامس : أن يزوج الولي بدون مهر مثلها، فيصح العقد وفي صحة المسمّى قولان).

السبب الخامس من أسباب فساد المهر: أن يزوجها الولي بدون مهر مثلها، فقد حكم المصنف بصحة العقد، وحكى قولين في صحة المسمّى وفساده ولم يرجّح منها شيئاً. أما صحة العقد؛ فلصدوره من أهله في محله؛ لأنه المفروض ، وقد سبق أن المهر ليس ركناً في عقد النكاح ولهذا جاز اخلاؤه عنه، فلا يؤثر فساده في العقد وأما القولان اللذان حكاهما في صحة المسمّى:

فأحدهما: الصحة، ذهب إليه الشيخ في الخلاف والمبسوط[1]، ووجهه أن للولي العفو بالنسبة الى المهر، لقوله تعالى:﴿أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾[2] فإذا ساغ له العفو عن الحق بعد ثبوته فالعفو بدونه أولى، وهذا التعليل يقتضي أمرين:

احدهما: إن الذي سوّغ له ذلك هو الذي يصح منه العفو، وهو الأب أو الجد له دون سائر الأولياء.

الثاني: انه لا يشترط في صحة المسمّى كون النكاح بدون مهر المثل مما تدعو اليه الحاجة أو تقتضيه المصلحة؛ لأنه لا يشترط لجواز العفو وجود المصلحة معه.

اذا عرفت ذلك ففي دلالة هذا التعليل على المدعى نظر؛ لأن المانع أن يمنع الأولوية المذكورة فإنّ العلة غير مقطوع بها.

---

(١) الخلاف ٣:١١ مسألة ٣٧ كتاب الصداق، المبسوط ٤:٢٦٦.

(٢) البقرة:٢٣٧.

وكذا لو زوّجه بأكثر من مهر المثل، فإن المسمّى يبطل. وفي فساد النكاح اشكال ينشأ: من التمسك بالعقد الذي لا يشترط فيه المهر ولا ذكره، ومن بعد الرجوع إلى مهر المثل دون رضاهما وما قنعا به،

وحكي في المبسوط[1] قولاً ببطلان المسمّى؛ لوجوب مراعاة القيمة في أموالها ففي البضع أولى، وفيه نظر؛ لأن البضع ليس مالاً حقيقة ولا المقصود الأصلي منه المال. والذي يقتضيه صحيح النظر أنه إن اقتضت المصلحة التزويج بدون مهر المثل صح العقد والمهر ولزم، وإلّا كان العقد فضولياً يتوقف على الاجازة بعد البلوغ، لأن صحة تصرفات الولي منوطة بالمصلحة، وبدونها يكون كتصرف الأجنبي، والبضع وإن لم يكن مالاً حقيقة لكنه ملحق بالأموال؛ لمقابلته بها وثبوت ضمان قيمته بمهر المثل في مواضع.

ثم عُدْ إلى عبارة الكتاب واعلم أن قوله: (فيصح العقد وفي صحة المسمّى قولان) مقتضاه بطلان المسمّى على أحد القولين مع صحة العقد، وعلى هذا فيثبت مهر المثل، لكن ثبوته هل هو بنفس العقد، أو بالدخول كالمفوضة؟ صرح بالأول جماعة؛ لأن التسمية اقتضت عدم الرضى باخلاء العقد عن المهر،وفيه بعد؛ لأن ايجاب شيء بالعقد لم يجر له فيه ذكر، ولم يقع عليه التراضي من الأُمور المستبعدة.

قوله: (وكذا لو زوجه بأكثر من مهر المثل، فإن المسمّى يبطل، وفي فساد النكاح اشكال ينشأ: من التمسك بالعقد الذي لا يشترط فيه المهر ولا ذكره، ومن بعد الرجوع إلى مهر المثل دون رضاهماوما قنعا به).

إذا زوج الولي المولى عليه الذكر امرأة بأزيد من مهر مثلها،فالمسمّى باطل لا محالة؛ لأنه تصرّف مشتمل على اضاعة المال حقيقة؛ لأن الفرض أن البضع لا يعاد له، بخلاف ما لو عقد للمولى عليها بدون مهر المثل، فإن المسمّى لا يبطل على أحد

---

(١) المبسوط ٤:٣١١.

. . . .

القولين كما سبق.

والفرق جواز العفو للولي عن بعض المهر، وأن البضع ليس مالاً حقيقياً، ولا المقصود الأصلي منه المال. وفي فساد النكاح الاشكال الذي ذكره المصنف، وذكر منشأه، وتنقيحه: إن عقد النكاح غير مشروط بثبوت المهر في الواقع ولا بذكره في العقد، فخلوّه عنه لا يقتضي فساده. وقد صدر العقد مشتملاً على المسمّى الزائد وحكم ببطلانه للزيادة، فيجب أن يبقى العقد صحياً ولا يبطل ببطلان المسمّى، وفيه نظر: لأن عقد النكاح وإن لم يكن مشروطاً بالمهر لا تلزم صحته في محل النزاع؛ لأنه لم يقع على الوجه المأذون فيه شرعاً، لأن تصرف الولي إنما يعتبر مع عدم التخسير، فإذا قارنه كان كتصرف الأجنبي.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

ويحتمل بطلان العقد من رأس ؛ لأنه لو صح لوجب أن يثبت مهر المثل على وجه قهري، وذلك بعيد، لأن ما تراضيا عليه وقنعا به هو الزائد على مهر المثل، فكيف يبطل ما رضيت به ويثبت لها دونه مع عدم رضاها به.

وما كان بعيداً فهو مرجوح لا يجوز التمسك به مع وجود الراجح، فيبطل الثاني، ويلزمه بطلان المقدم.

وقد أورد عليه الشارح الفاضل النقض بالعقد على الخمر المجهول[1]، وهو غير وارد؛ لأن العقد على الخمر برضى الزوجين لا يقتضي بطلان الصداق فيه بطلان النكاح؛ لصدوره بتراضيهما. بخلاف عقد الولي في موضع الاذن شرعاً، فإنه حينئذٍ يكون فضولياً، وأين هذا من ذاك.

واعلم أن التشبيه الواقع في قوله: (وكذا لو زوجه بأكثر من مهر المثل) ليس على ما ينبغي؛ لأن المذكور في المسألة المشبّه بها حكمان: أحدهما صحة العقد، والآخر

---

(١) إيضاح الفوائد ٣:٢١١.

والأقوى أن مع فساد المسمّى يثبت الخيار في فسخ العقد وامضائه.

أن في صحة المسمّى قولين، وليس واحد منها ثابتاً في المشبه؛ لأن المسمّى فيها يبطل، وفي فساد النكاح قولان.

قوله: (والأقوى أن مع فساد المسمّى يثبت الخيار في فسخ العقد وامضائه).

قد عدّ الشارحان الفاضلان هذا وجهاً ثالثاً في المسألة[1]، بناءً على أن أحد الوجهين السابقين هو بطلان العقد من رأس، ولا وجه له على القول بأن عقد الفضولي موقوف على الاجازة؛ لأن أقل مراتب تصرف الولي هنا أن يكون فضولياً. نعم يمكن أن يحمل البطلان على عدم اللزوم وهو الفضولي.

ويراد بالوجه الثالث: ثبوت النكاح متزلزلاً، فإن شاء فسخه وإن شاء أمضاه وهذا هو المتبادر من عبارة الكتاب ولا تأباه عبارة الشارحين، بل الظاهر من عبارة المصنف أن ثبوت الخيار في كل من المسألتين المذكورتين يلوح ذلك من قوله: (مع فساد المسمى) إذ لولا ذلك لكان مستدركاً؛ لأنه قد قطع بفساد المسمّى في المسألة الثانية.

وعلى هذا فيكون الكلام في المسألة الأُولى ان في صحة المسمّى وفساده قولين، فإن قلنا بالفساد ففي ثبوت الخيار في فسخ العقد وعدمه قولان، فإذا اختصرنا قلنا في المسألة ثلاثة أقوال: صحة العقد والمسمّى، فساد المسمّى ولزوم العقد، فساد المسمّى وثبوت الخيار في العقد.

وفي المسألة الثانية بالنسبة إلى العقد ثلاثة أوجه: اللزوم، والفساد، وثبوت الخيار. وأما المسمى فإنه فاسد وجهاً واحداً.

اذا عرفت ذلك فالخيار المذكور لمن يكون؟ صرح الشارح ولد المصنف بأنه لمن زاد الصداق عليه على مهر المثل أو نقص عنه، وهو الزوج في المسأله الثانية،

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ٢١١.

نعم لو أصدق ابنه أكثر من مهر المثل من ماله جاز وإن دخل في ملك الابن ضمناً.

السادس: مخالفة الأمر، فإذا قالت: زوجني بألف فزوجها بخمسمائة لم يصح العقد، ويحتمل ثبوت الخيار.

والـزوجة في المسألة الأُولى[1]. ولا ارى لهذا التخصيص وجهاً؛ لأن الغرض فساد المسمّى في المسألتين، بل ينبغي ثبوت الخيار لكل منهما في كل من المسألتين؛ لانتفاء الـتراضي من الجـانبين. والمختار ما قدمناه في كل من المسألتين، وهو أن النكاح بالمسمّى فضولي موقوف على الاجازة.

قوله: (نعم لو أصدق ابنه اكثر من مهر المثل من ماله جاز وإن دخل في ملك الابن ضمناً).

هذا في قوة الاستثناء من قوله: (لو زوجه بأكثر من مهر المثل...) فكأنه قال: لو زوج ابنه بأكثر من مهر المثل فسد المسمّى، إلّا اذا كان صداق المسمّى مال الأب فإنه لا يفسد؛ لأنه لا تخسير للولد حينئذٍ.

فإن قيل: يدخل الصداق في ملك الإبن ضمناً فيلزم التخسير.

قلنا: لا يلزم؛ لأن التخسير اتلاف مال بالعقد ماليته ثابتة بغيره، وليس كذلك محل النزاع؛ لأن الصداق لم يملكه الابن إلّا بسبب العقد، فلم يلزم اتلاف مال بالعقد لولاه لكان ثابتاً للزوج.

قولـه: (السادس : مخالفة الأمر، فلو قالت: زوّجني بالف، فزوجها بخمسمائة، لم يصح العقد، ويحتمل ثبوت الخيار).

السبب السادس من أسباب فساد المهر مخالفة الوكيل ما عيّنته الزوجة فإن

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ٢١١.

ولـو قالت: زوجني مطلقاً فزوجها بأقل من مهر المثل، فالأقرب

قالت: زوّجني بالف مثلاً، فزوجها بأقل كخمسمائة، ففي صحة العقد وفساده وجهان:

أحدهما: ـ واختاره المصنف ـ الفساد؛ لأن تقديرها المهر يدل على عدم رضاها بما دونه، وما لاترضى به الزوجة فاسد لا محالة.

والثاني: ثبوت الخيار لها، ولا يقع العقد فاسداً بمعنى أنه يكون موقوفاً على اجازتها، فإن رضيت به صح وإلّا كان فاسداً؛ لأنه عقد صدر ممن ليست له ولاية شرعية على المعقود عليه ولا اذن شرعي وذلك هو الفضولي، ولا يضر ما لزم من التعيين وهو عدم رضاها بغير المعين؛ لأن المؤثر في العقد الفضولي هو الرضى المتأخر عنه وضده دون المتقدم عليه، كذا فهم الشارحان[1] الفاضلان من العبارة.

ولا ريب أن المتبادر من قوله:(لم يصح العقد) هو البطلان، أما ثبوت الخيار فإن المتبادر منه صحة العقد وثبوت النكاح وإن كان متزلزلاً، وعلى هذا حمله شيخنا الشهيد في بعض ما ينسب اليه من الحواشي.

وحمل عدم صحة العقد المذكور قبله على عدم لزومه وأنه فضولي، والحمل في الموضعين صحيح في نفسه، إلّا أن توجيه الصحة مع ثبوت الخيار موضع نظر، فإنه اذا كان خلاف المأمور به فكيف يقع صحيحاً.

ويمكن أن يقال في توجيهه: إن النكاح لما لم تكن صحته مشروطة بالمهر لم يلزم من المخالفة بطلانه فيقع صحيحاً، لكن لما لم يكن المهر على الوجه المأذون فيه لم يقع لازماً؛ لبعد وجوب الرضى بمهر المثل على وجه قهري، فيثبت الخيار بين الفسخ والامضاء، والأصح إن العقد من أصله مع المهر فضولي يقف على الاجازة؛ لانتفاء الأهلية في غير موضع الاذن.

قولـه: (ولـو قالت: زوّجني مطلقـاً، فزوجهـا باقل من مهر المثل،

---

(١) ايضاح الفوائد ٣:٢١١.

الرجوع إلى مهر المثل.

ولو لم يذكر مع الاطلاق المهر احتمل الصحة؛ للامتثال، والفساد إذ مفهومه ذكر المهر عرفاً.

فالأقرب الرجوع إلى مهر المثل).

أي: لو قالت: زوّجني، واطلقت الاذن بحيث لم تقيد النكاح بمهر ولا عدمه فقوله: (مطلقاً) ليس من جملة قولها وإنما هو لبيان حال قولها، وأنه معرى عن التعرض إلى المهر اثباتاً ونفياً، فزوجها حينئذٍ بأقل من مهر المثل ففيه وجهان، اقربهما عند المصنف صحة النكاح وبطلان المسمّى والرجوع إلى مهر المثل.

أما صحة النكاح، فلصدوره باذنها، وأما بطلان المسمّى وثبوت مهر المثل؛ فلأن الإطلاق منزل على العقد بمهر المثل فصاعداً. كما أن أمر المالك ببيع ماله من غير تقييد منزل على البيع بثمن المثل؛ لاقتضاء العرف التقييد بذلك، ولأن الغبطة والمصلحة لا تتحقق بدونه فيكون اطلاقها بمنزلة التقييد بمهر المثل، فيفسد المسمّى؛ للمخالفة، ويثبت مهر المثل لعدم الرضى بالتفويض .

والثاني: بطلان العقد من رأس ؛ لأن الاطلاق منزل على مهر المثل كما سبق، فكان كما لو عيّنت فخالف في أنه غير مرضي لها.

ويجيء وجه ثالث، وهو صحة العقد ووجوب مهر المثل وثبوت الخيار لها، وتقريبه معلوم مما سبق، وإنما فرّق المصنف بين هذه وبين التي قبلها في الحكم، فجزم بالصحة والرجوع الى مهر المثل هنا، وحكم بثبوت الخيار في التي قبلها؛ لأن التقييد منصوص عليه ومقطوع به، وهنا مظنون، فلا تكون المخالفة مقطوعاً بها بحيث يلزم فساد العقد أو تزلزله. والأصح أنه فضولي يقف على الاجازة؛ لأن اطلاق الاذن في التزويج منزل على كونه بمهر المثل، فيكون ما عداه واقعاً بغير اذن.

قولـه: (ولو لم يذكر مع الاطلاق المهر احتمل الصحة؛ للامتثال، والفساد؛ إذ مفهومه ذكر المهر عرفاً).

ومع التقييد يحتمل الفساد، والخيار فيثبت مهر المثل.

ولو قالت: زوجني بما شاء الخاطب فهو تفويض يأتي.

ولو عرف ما شاء فقال: زوجتك بما شئت ، صح.

أي: لو لم يذكر الوكيل في العقد المهر أصلاً، والحال أنها قد اطلقت له الاذن في التزويج احتمل الصحة؛ لأنه امتثل ما أمرته به، ويجب مهر المثل حينئذٍ؛ لأن إطلاق الاذن منزل على التزويج بمهر المثل.

واذا اقتضى اطلاق الاذن مهر المثل كان اطلاق العقد كذكره فيه، وفيه منع ظاهر، والفرق ظاهر، واحتمل الفساد؛ لأن الاطلاق منزل على العقد بمهر المثل.

ولا يعد السكوت عن المهر تفويضاً، نظراً إلى العرف وقد خالف فلا يكون صحيحاً، والأصح أنه فضولي يقف على الاجازة.

قوله: (ومع التقييد يحتمل الفساد والخيار ، فيثبت مهر المثل).

أي: لو لم يذكر الوكيل المهر في العقد، بل اطلقه وقد قيدت له الاذن في التزويج بالمهر احتمل الفساد؛ للمخالفة، واحتمل ثبوت الخيار لها في اجازة العقد وعدمها؛ لأنه لا يقصر عن الفضولي، فإن أجازته ثبت مهر المثل بنفس العقد؛ لانتفاء كون الاذن تفويضاً.

ولا يخفى أن المتبادر إلى الفهم من ثبوت الخيار صحة النكاح وتزلزله، وكيف كان فالأصح أن العقد فضولي يقف على الاجازة، والمتجه أنه مع الاجازة لا يجب المهر بنفس العقد؛ لانتفاء ما يقتضيه، فيكون وجوبه بالدخول.

قوله: (ولو قالت: زوّجني بما شاء الخاطب، فهو تفويض يأتي، ولو عرف ما شاء فقال: زوجتك بما شئت ، صح).

أي: لو قالت الزوجة لوكيلها: زوّجني بما شاء الخاطب، فزوجها كذلك صح، فإن ذلك تفويض؛ لأن التفويض قسمان: تفويض البضع، وهو اخلاء العقد عن ذكر المهر،

وليس تفريق الصفقة سبباً للفساد، فلو اصدقها عبداً يساوي الفين، على أن ترد عليه ألفاً، فنصفه صداق ونصفه في حكم مبيع، فلو أرادت افراد الصداق أو المبيع بالرد بالعيب جاز، بخلاف رد نصف المبيع.

وتفويض المهر، وهو ذكر المهر في العقد على الجملة منها ويفوض تقديره الى أحد الزوجين، ولا شبهة في صحة كل من التوكيل والعقد كذلك. ولا يكون العقد كذلك عقد المجهول يجب به مهر المثل، خلافاً للشافعي[1]، ولا وجه له بعد ما بين أن ذلك تفويض صريح.

قوله: (وليس تفريق الصفقة سبباً للفساد، فلو أصدقها عبداً يساوي ألفين على أن ترد إليه ألفاً، فنصفه صداق ونصفه في حكم مبيع، فلو ارادت افراد الصداق أو المبيع بالرد بالعيب جاز، بخلاف رد نصف المبيع).

قد عدّ الشافعي من أسباب فساد المهر تفريق الصفقة[2]، فاعتنى المصنف بذكره وبيان أنه لايعد سبباً لفساد المهر رداً عليه، وتحقيقه انه اذا تزوج امرأة بعبد يساوي ألفي درهم على أن ترد إليه الفاً من مالها، فيكون حينئذ نصف العبد صداقاً ونصفه في حكم مبيع وليس مبيعاً حقيقة؛ لأن رد الألف من مالها وقع بصورة الشرط فكان من توابع عقد النكاح.

ولو أن الولي قال: زوجتك ابنتي وبذلت لك ألفاً من مالها بالعبد الفلاني فقبل الزوج، لكان أدل على مقابلة نصف العبد للبضع والنصف الآخر للألف.

وكيف كان فإذا ارادت افراد الصداق ـ أعني نصف العبد او المبيع وهو نصفه الآخر بالرد لظهور عيب في العبد ـ كان لها ذلك، ولم يفسد الصداق إذا ردت نصف المبيع.

---

(١) المجموع ١٦:٣٧٣.

(٢) الوجيز ٢:٢٧.

. . . .

ولا يقال: يلزم من رد النصف تبعض الصفقة، وهو محذور كرد نصف المبيع.

لأنا نقول: التبعيض المحذور هو الذي يكون في المنتقل بعقد واحد، وهنا قد حصل انتقال العبد لشيئين مختلفين، فلم يكن كرد نصف المبيع.

ولا يقال أيضاً: يلزم من رد النصف بالتشقيص .

لأنا نقول: قد اقدما على هذا الضرر حين تعاقدا على انتقال كل من نصفي العبد بسبب يخالف السبب الآخر، وهذا بخلاف رد نصف العبد لو كان كله مبيعاً.

اذا تقرر ذلك، فلو جعل رد النصف على الوجه المذكور سبباً لفساد المهر، لوجب مهر المثل بنفس العقد على ما سبق في نظائره عند من يقول به، والله اعلم بالصواب.

وليكن هذا آخر الجزء السابع من كتاب شرح القواعد، ويتلوه الجزء الثامن إن شاء الله تعالى بمنّه.

* * *

الفصل الثالث
في التفويض

قوله: (الفصل الثالث: في التفويض).

وفرغ من تسويده مؤلفه الفقير إلى الله تعالى علي بن عبد العالي، بالمشهد المقدس الغروي على مشرفه الصلاة والسلام منتصف النهار من يوم السبت تقريباً الثامن عشر شهر جمادى الاولى من سنة خمس وثلاثين وتسعمائة، حامداً لله تعالى على آلائه مصلياً على رسوله محمد وآله، مسلّما[1].

* * *

(١) في النسخة الحجرية: قد فرغ من كتابة هذا الكتاب المستطاب أقل الكتّاب الطلّاب حسن ابن عبد الله في السنة الثانية من العشر الثامن من المائة الثالثة من الألف الثاني على مهاجرها ألف ألف تحية وألف وألف ثناء.

وفي نسخة ض: هذا آخر ما وجد من كلامه قدس سره، وفرغ من كتابته الفقير إلى الله الغني عبد الله بن علي بن سيف الصيمري في صبح اليوم الثاني عشر من شهر عاشوراء من شهور سنة خمس وخمسين وتسعمائة هجرية قمرية على مشرفها أفضل الصلوات وأكمل التسليمات في بلدة الجزائر المحروسة، فرحم الله من ترحم عليه ودعا له بالمغفرة، والحمد لله أولاً وآخراً.

وفي نسخة ش : تحريراً في ثامن عشر شهر الله المبارك ذي الحجة الحرام أفاض الله أنواره لسنة احدى وتسعين وتسعمائة على يد الفقير إلى الله الغني بالله الداعي إلى دين الله غياث الدين محمود بن محمد بن عبد الخالق بن غياث الدين جمشيد المنجم صاحب الرصد المشهور بين الجمهور غفر الله لهم ولأسلافهم، ولله الحمد.

وهوقسمان :

الأول: تفويض البضع: وهو اخلاء العقد من ذكر المهر بأمر مَن يستحق المهر، وليس مبطلاً، مثل زوجتك نفسي أو فلانة، فيقول: قبلت، سواء نفى المهر أو سكت عنه، فلو قالت: على أن لا مهر عليك صح العقد.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله حمداً كثيراً كما هو أهله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين.

قوله رحمه الله: (وهو قسمان: الأول تفويض البضع، وهو اخلاء العقد من ذكر المهر بأمر مَن يستحق المهر وليس مبطلاً، مثل: زوجتك نفسي، أو فلانة. فيقول: قبلت، سواء نفى المهر أو سكت عنه، فلو قالت: على ألّا مهر عليك صح العقد).

التفـويض : أن يجعـل الأمر إلى غيره ويكله إليه، وتسمّى المرأة مفوضة؛ لتفويضها أمرها الى الزوج أو الولي بلا مهر، ومفوضة؛ لأن الولي فوّض أمرها إلى الزوج، أو لأن الأمر في المهر مفوض إليها بالنسبة الى نفيه وعدمه.

ثم التفويض في النكاح نوعان: تفويض البضع، وتفويض المهر، فتفويض المهر سيأتي وهو صحيح عندنا.

وتفويض البضع وقد عرّفه المصنف: بأنه (اخلاء العقد من ذكر المهر بأمر مَن يستحق المهر)، والذي يستحق المهر هو المرأة، فيكون اخلاء العقد عن ذكر المهر بأمر المرأة. وقد ينتقض في عكسه بخروج العقد الصادر من المرأة خالياً من المهر؛ لأن الصادر من المرأة لا يقال إنه وقع بأمرها.

ويرد عليه أيضاً عقد الفضولي الخالي من المهر اذا لحقته الاجازة،إذ الاجازة اللاحقة له لا تصيّره واقعاً بالأمر.

ويرد عليه أيضاً تزويج الولي إياها مفوضة على القول بصحته.

ولـو قالت: على أن لامهـر عليك في الحال ولا في ثانيه، احتمل الصحة؛ لأنه معنى أن لامهر عليك، والبطلان؛ لأنه جعلها موهوبة.

ولو قال: هو اخلاء العقد من ذكر المهر بفعل الزوجة، أو من يقوم مقامها، مثل: زوجتك نفسي إذا كان العاقد الزوجة، أو زوجتك فلانة اذا كان العاقد غيرها، وليس ذلك مبطلاً قطعاً، حتى لو عقد ونفى المهر كان صحيحاً، مثل زوجتك ولا مهر عليك.

ولا فرق بين كون الزوجة بكراً أو ثيباً في ذلك كله.

اذا تقرر ذلك فاعلم أن مفوضة البضع لا يجب لها مهر بالعقد عندنا، خلافاً لبعض العامة، حيث أوجبه بالعقد[1]. ويدل عليه ما رواه منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً، قال: «لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها»[2].

وقد سبق في الفصل الثاني من باب نكاح الإماء ـ فيما اذا اعتقت الأمة قبل الـدخـول وقد زوجها سيدها مفوضة ـ ما يدل على ثبوت الخلاف المذكور عندنا، ويمكن أن يريد المصنف التفريع على كل من القولين وإن لم يكن القول الثاني ثابتاً عندنا .

قوله: (ولو قالت: على أن لا مهر عليك في الحال ولا في ثانيه احتمل الصحة؛ لأنه معنى على ألّا مهر عليك. والبطلان؛ لأنه جعلها موهوبة).

قد سبق أنها لو قالت: زوجتك نفسي على أن لامهر عليك صح العقد، فلو قالت: زوجتك على أن لا مهر عليك في الحال ولا في ثانيه، وأرادت بثاني الحال ما بعده مستمراً إلى حين الدخول، ففي صحة العقد وجهان:

---

(١) قاله ابو حنيفة، انظر: المجموع ١٦: ٣٧٢، الوجيز٢: ٢٩.

(٢) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٧، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٢١٣.

ويصح التفويض في البالغة الرشيدة دون من انتفى عنها أحد الوصفين.

نعم لو زوّج الولي مفوضة أو بدون مهر المثل، قيل: صح ويثبت مهر المثل بنفس العقد. وفيه اشكال ينشأ: من اعتبار المصلحة المنوطة بنظر

أحدهما: الصحة؛ لأنه قد سبق لها اذا زوجته على أن لا مهر عليه صح، وهذا بمعناه؛ لأن المهر المنفي نكرة، وهي في سياق النفي تفيد العموم. ويمكن الفرق بينهما: بأن ظاهر العموم لا يأبى التخصيص ، بخلاف ما نص فيه على نفي المهر في الحالين، فإنه يمتنع تخصيصه بلزوم المهر في ثاني الحال.

والثاني: البطلان؛ لأنها قد جعلت نفسها موهوبة، حيث انه لا مهر لها في الابتداء ولا في الانتهاء، والهبة في النكاح من خصائصه عليه السلام.

ويجيء احتمال ثالث: وهو صحة العقد وفساد التفويض ، وبفساده يجب مهر المثل، والقول بفساد العقد من رأس قوي؛ لأن من مقتضيات عقد النكاح وجوب المهر في الجملة، اما بالعقد أو بالفرض أو بالوطء، فإذا شرط ما ينافيه فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد فيبطل به.

قوله: (ويصح التفويض في البالغة الرشيدة دون من انتفى عنها أحد الوصفين).

لاشك أن البالغة الرشيدة أمرها بيدها، وقد سبق بيان ذلك، فإذا زوّجت نفسها، أو زوجها وكيلها باذنها مفوضة صح ؛ لانتفاء المانع. بخلاف الصبية وغير الرشيدة؛ لثبوت الحجر على كل واحدة منها.

قوله: (نعم لو زوج الولي مفوضته أو بدون مهر المثل صح، وقيل: يثبت مهر المثل بنفس العقد، وفيه اشكال ينشأ : من اعتبار المصلحة المنوطة بنظر

الولي، فيصح التفويض وثوقاً بنظره، فعلى الأول لو طلقها قبل الدخول فنصف مهر المثل، وعلى الثاني المتعة.

الولي، فيصح التفويض وثوقاً بنظره، فعلى الأول لو طلقها قبل الدخول فنصف مهر المثل، وعلى الثاني المتعة).

هذا استدراك لما عساه يتوهم من قوله: (دون من انتفى عنها أحد الوصفين) والمعنى أن من انتفى عنها البلوغ والرشد لا يجوز تزويجها مفوضة لغير وليها. أما الولي فإنه اذا زوّجها كذلك مع وجود المصلحة كان صحيحاً،وكذا يصح النكاح اذا زوّجها بدون مهر المثل مع المصلحة؛ لأن صحة تصرفات الولي كلها دائرة مع المصلحة، فحيث وجدت كان تصرفه معتبراً.

فإن قيل: عبارة المصنف خالية من التقييد بالمصلحة كما هو واضح.

قلنا: يدل على التقييد قوله فيما بعد: (ينشأ من اعتبار المصلحة المنوطة بنظر الولي).

فقوله: (وقيل: يثبت مهر المثل بنفس العقد) اشارة إلى قول الشيخ رحمه الله، فإنه حكم بصحة النكاح وبطلان التفويض؛ لوجوب مراعاة عوض المثل للبضع في النكاح كما في المعاوضة على سائر الأموال،واوجب مهر المثل بنفس العقد لفسادالتفويض[1].

ولو لم يجب المهر بنفس العقد لكان التفويض صحيحاً، إذ لا واسطة بين الصحة والفساد، وكذا القول في عقده على أقل من مهر المثل.

وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفىً، ورد المصنف كلام الشيخ بما ذكره من الاشكال، وتنقيحه: إن النكاح منوط بالمصلحة وهي منوطة بنظر الولي، فإذا اقتضى نظره وجود المصلحة في التفويض وقع صحيحاً وثوقاً بنظره، والفرض وجود المصلحة

---

(١) المبسوط ٤: ٢٩.

. . . .

في محل النزاع فلا وجه للابطال.

وقد ذكرنا غير مرة أن النكاح ليس معاوضة محضة، وأن له أحكاماً مختصاً بها عن سائر المعاوضات.

اذا تقرر ذلك، فلو طلقها قبل الدخول في صورة التفويض بنى على القولين.

فعلى القول ببطلان التفويض ـ وهو الذي عبّر عنه المصنف بالأول ـ يجب لها نصف مهر المثل؛ لأنه وجب بالعقد فينتصف بالطلاق.

وعلى الثاني ـ وهو الصحة المعبّر عنه بقوله: (فيصح التفويض وثوقاً بنظره) ـ يجب المتعة كما في كل مفوضة، والقول بالصحة مع المصلحة قوي.

واعلم أن كلام الشيخ تضمن أمرين:

أحدهما: فساد التفويض .

والثاني :وجوب مهر المثل بنفس العقد.والمصنف رحمه الله تعرض الى رد الأول، ولم يتعرض للثاني، وهو أيضاً مردود تفريعاً على القول بفساد التفويض ؛ لأنه لم يجر لمهر المثل ذكر في العقد، فكيف يعقل وجوبه بغير سبب ولا تراض منهما.

فإن قيل: لما كان التفويض فاسداً وجب أن يثبت مقابله، وهو وجوب مهر المثل بالعقد، ولا امتناع في تقييد اطلاق العقد بمهر المثل، كما يقيّد اطلاق الاذن من الزوجة للوكيل في الانكاح مجرداً عن ذكر المهر بمهر المثل.

قلنا: الفرق واقع فإن الإطلاق يتقيّد بالقرينة، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن العقد بالنسبة إلى ما يترتب عليه سبب، والأسباب أُمور وجودية واقعة على وجوه خاصة لا يكفي فيها مجرد القصد ولا دلالة القرائن، فلا يكون تجرد العقد عن المهر موجباً لمهر المثل في محل النزاع، وسائر ما اشبهه.

وبذلك صرّح الشيخ في المبسوط في فصل التفويض قال: ومتى عقد وليها

وللسيد تزويج أمته مفوضة، فإن باعها قبل الدخول فأجاز المشتري، كان التقدير إلى الثاني والزوج ويملكه الثاني. ولو اعتقها قبله فرضيت فالمهر لها، والتقدير اليها وإليه.

مفوضة لم تكن مفوضة ووجب مهر المثل بالعقد عند قوم، وعندنا بالدخول[1].

واعلم ايضاً ان مرجع الضمير في قول المصنف:(وفيه اشكال)ينبغي أن يكون هو ما دل عليه ثبوت مهر المثل بالعقد، أعني فساد التفويض ؛ لأن ما ذكره في توجيه الاشكال يدل على صحة التفويض، فلو جعل مرجع الضمير ثبوت مهر المثل بالعقد لم يرتبط الكلام.

قوله: (وللسيد تزويج أمته مفوضة، فإن باعها قبل الدخول فأجاز المشتري، كان التقدير إلى الثاني والزوج ويملكه الثاني، ولو اعتقها قبله فرضيت فالمهر لها، والتقدير إليها وإليه).

للسيد تزويج أمته مفوضة قطعاً؛ لأن المهر له، فلا مانع من الصحة، وحينئذٍ فإما أن تبقى في ملكه إلى حين الدخول، أو لا.

والأول: حكمه ظاهر، وهو ثبوت مهر المثل للمولى.

والثاني: إما أن يكون زوال ملكه عنها قبل الدخول بالبيع أو بالعتق، فإن باعها فللمشتري فسخ النكاح على ما سبق، فإن أجازه كان تقدير المهر إليه وإلى الزوج.

فإذا قدّراه ملكه المشتري وهو المولى الثاني؛ لأنه ثبت في ملكه. وإن اعتقها ملكت أمرها، وكان تقدير المهر إليها وإلى الزوج، وتملكه هي إذا قدّراه له أو مهر المثل بالدخول.

ثم عد إلى عبارة الكتاب واعلم أن المراد بالثاني في قوله: (كان التقدير إلى

---

(١) المبسوط ٤:٢٩٥.

ثم المفـوضة تستحق عند الوطء مهر المثل، وإن طلقها قبله بعد فرض المهر ثبت نصف المفروض وقبله المتعة.

الثاني) هو المشتري، ولو قال: كان التقدير إليه لكان أخصر، ولعله إنما عدل عن المضمر إلى المظهر تنبيهاً على علة استحقاقه للمهر، وهي مولويته الطارئة الناسخة لمولوية الأول.

وقوله: (ولو أعتقها قبله فرضيت فالمهر لها) تصريح بحكم المسألة على طريق الجزم، وقد سبق من المصنف في نكاح الإماء في الفصل الثاني صورة التردد في أن المهر لها أو للسيد، وما جزم به هنا هو المذهب.

قوله: (ثم المفوضة تستحق عند الوطء مهر المثل، وإن طلقها قبله بعد فرض المهر ثبت نصف المفروض، وقبله المتعة).

أما الحكم الأول فقد أجمع عليه الأصحاب وتواترت به الأخبار، وفي قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن﴾[1] الآية ايماء إلى ذلك؛ لدلالتها على أنه مع المسيس ثبت الجناح، وهو مهر المثل اتفاقاً.

ولا يخفى أن ذلك حيث لم يفرض لها المهر حتى دخل بها.

وأما الحكم الثاني فصريح القرآن ناطق به وهو قوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾[2]، ووجوب المتعة بالطلاق قبل الدخول، والفرض مدلول عليه بقوله تعالى: ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾[3] في سياق التطليق قبل المسيس وقبل الفرض، ولا يخفى أن المراد بالوطء هنا وفي سائر مواضع اطلاقه تغييب الحشفة.

---

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

ولا يجب مهر المثل ولا المتعة بنفس العقد، فلو مات أحدهما قبل الدخول والطلاق والفرض فلا شيء، وبعد الدخول مهر المثل، وبعد الفرض المفروض.

قوله: (ولا يجب مهر المثل ولا المتعة بنفس العقد).

أما المتعة فإنها تجب بالطلاق قبل المسيس والفرض فلا يجب بنفس العقد، وأما مهر المثل فبعض الشافعية أوجبه بالعقد[١]، وأصحابنا على وجوبه بالوطء.

وقد أوردنا في أول الباب رواية منصور بن حازم[٢]، الدالة على ذلك، ويؤيده أن العقد سبب في وجوب ما تضمنه دون ما لم يذكر فيه؛ لانتفاء سببه.

قال الشيخ في المبسوط: مفوضة البضع لا تملك بالعقد مهراً أصلاً، وإنما تملك بالعقد أن تملك[٣].

فرع: لا تجب المتعة عندنا إلّا في مفوضة البضع إذا طلقت قبل المسيس ولم يفرض لها مهر، وهل يستحب لباقي المطلقات؟ الأصح نعم، وقد نطق القران بالحكم في قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء﴾[٤] الآية.

قوله: (فلو مات أحدهما قبل الدخول والطلاق والفرض فلا شيء، وبعد الدخول المثل، وبعد الفرض المفروض).

وجه عدم وجوب شيء انتفاء سبب الوجوب؛ لأنه في صورة التفويض منحصر في الفرض والدخول، لثبوت سببيتها له في الكتاب والسنة وانتفائها عن الموت؛ لعدم النص، فيتمسك بأصالة العدم وأصالة براءة الذمة.

وقد روى الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام: في المتوفى عنها زوجها

---

(١) قاله أبو اسحاق، انظر المجموع ١٦:٣٧٢.

(٢) التهذيب ٧:٣٦٢ حديث ١٤٦٧، الاستبصار ٣.

(٣) المبسوط ٤:٢٩٦.

(٤) البقرة: ٢٣٦.

ولو تراضيا بعد العقد بالفرض ـ وهو تقدير المهر وتعينه ـ صح، سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه، وسواء علما مهر المثل أو أحدهما أو جهلاه.

قبل الدخول: «إن كان فرض لها زوجها مهراً فلها، وإن لم يكن فرض مهراً فلا مهر»[1] نعم يثبت الميراث لتحقق الزوجية المقتضية له.

وقول المصنف:(فلا شيء) يعم المهر والمتعة، وذهب أبو حنيفة[2]، وأحمد[3]، وبعض الشافعية إلى وجوب مهر المثل بالموت كما يجب بالوطء[4].

قوله: (ولو تراضيا بعد العقد بالفرض، وهو تقدير المهر وتعيينه صح، سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه، وسواء علما مهر المثل أو أحدهما أو جهلاه).

لا ريب أن الزوجين اذا تراضيا بعد عقد النكاح مع التفويض على فرض المهر وتقديره صح؛ لأن الحق لا يعدوهما ولم يتعيّن بعد، فصح منهما تعيينه.

وبذلك نطق القرآن في قوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾[5]. وقد عرّف المصنف الفرض بأنه: (تقدير المهر وتعيينه) وتقديره إشارة إلى ذكر مقداره، وتعيينه إشارة إلى ذكر جنسه ووصفه. ويمكن أن يريد بتقديره: ما يعم بيان جنسه ووصفه،ويكون قوله:(وتعيينه) مسوقاً لتفسيره وبيانه.

اذا تقرر ذلك فإذا قدّراه صح، سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه،

---

(١) التهذيب ٨:١٤٦ حديث ٥٠٥، الاستبصار ٣:٣٤١ حديث ١٢١٥.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٨:٥٩، المجموع ١٦:٣٧٣.

(٣) المصدرين السابقين.

(٤) قاله اسحاق، انظر: المجموع ١٦:٣٧٣.

(٥) البقرة: ٢٣٧.

والاعتبار في مهر المثل بحال المرأة في الجمال والشرف وعادة أهلها ما لم يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم، فإن تجاوز ردت اليها.

وسواء كانا عالمين بقدر مهر المثل أو جاهلين أو بالتفريق. وفي وجه للشافعية[١] بطلان الفرض مع جهلهما أو جهل أحدهما بمهر المثل، بناء على وجوب مهر المثل بالعقد وان المفروض بدله، وكذا فيما اذا فرضا زيادة على مهر المثل وجه بالبطلان مبني على ذلك، وقد سبق ما يدل على بطلان المبني عليه.

قوله: (والاعتبار في مهر المثل بحال المرأة في الجمال والشرف وعادة أهلها، ما لم يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم، فإن تجاوز ردّ إليها).

لا ريب أن مهر المثل هو قيمة المثل بالنسبة إلى البضع، والمراد به ما يليق بذله في مقابل نكاح أمثالها، والحاجة تمس إليه في مواضع منها التسمية الفاسدة، ومنها إذا نكح عدة نساء بمسمّى واحد فإنه يصح ويوزّع على مهور أمثالهن، ومنها الوطء في النكاح الفاسد والشبهة والاكراه، فإنه يوجب مهر المثل، وكذا ما جرى هذا المجرى، ومنها المفوضة وهي المقصودة بالبيان هنا.

إذا تقرر ذلك فقد قال المصنف: إن (الاعتبار في مهر المثل بحال المرأة في الجمال والشرف وعادة أهلها ما لم يتجاوز مهر السنة)، فاعتبر فيه ثلاثة أُمور، لكن استفيد من آخر كلامه اعتبار كل ما يختلف لأجله المهر وإن كان الموجود في عبارته ما يختلف لأجله النكاح، ولا يريد به إلاّ المهر.

وبه صرح في التحرير[٢]، وكذا الشيخ في المبسوط[٣]، وجماعة من الأصحاب[٤]، واقتصر المفيد على اعتبار الشرف والجمال[٥]، واعتبر أبو الصلاح السن

---

(١) المجموع ١٦: ٣٧٢.

(٢) التحرير ٢: ٣٥.

(٣) المبسوط ٤: ٢٩٩.

(٤) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٣٤٨.

(٥) المقنعة: ٧٨.

. . . .

والجمال والتحصن[١]. ولا شبهة في اعتبار جميع ذلك، ومنه عقلها وتأدبها ويسارها، وبكارتها، وصراحة نسبها وشرفه، ومعرفتها بتدبير المنزل، وما جرى هذا المجرى، وأضداد ذلك؛ لأن المهر يختلف بجميع ذلك اختلافاً بيّناً، والركن الأعظم في ذلك عادة أهلها.

وتنقيحه: إن مهر مثل المرأة ما جرت العادة المستمرة بجعله مهراً لنساء أهلها اللاتي هن في مثل صفاتها اللاتي يزيد المهر أو ينقص باعتبارها كائناً ما كان. فالمرجع في مهرها إلى مهورهن اذا ساوتهن في الصفات التي لها مدخل في زيادة المهر ونقصانه.

ومن هذا يعلم أن عبارة المصنف ليست حسنة؛ لأنه ليس مجموع الأُمور الثلاثة التي ذكرها في أول كلامه هي المرجع في تعيين مهر المثل، وإنما المرجع عادة الأهل، والاستواء في الصفات المذكورة شرط، وظاهر أول الكلام اعتبار عادة الأهل مطلقاً مع الشرف والجمال، وآخر الكلام يدفع هذا الوهم.

وقيّد المصنف وأكثر الأصحاب[٢] مهر المثل بما اذا لم يتجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم، فإن تجاوز رد إليها، احتجاجاً بما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمّي صداقها حتى دخل بها قال: «السنة، والسنة خمسمائة درهم»[٣].

وطعن فيه المصنف في المختلف بأنه غير دال على المطلوب صريحاً[٤]، وهو كما قال، فإن المبحوث عنه هي المفوضة، ومورد الرواية ما إذا وهم أن يسمّي صداقها. ويلوح منه إن كان أراد التسمية فنسيها، وليس هذا من التفويض في شيء، ومن

---

(١) الكافي في الفقه: ٢٩٣.

(٢) منهم الشيخ في المبسوط ٤: ٢٩٩، وابن البراج في المهذب ٢: ٢١١، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٤٨.

(٣) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٩، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٨١٥.

(٤) المختلف: ٥٤٩.

. . . .

الممكن أن يكون قد ذكر في العقد ما يقتضي مهر السنة.

وحكى المصنف في المختلف قولاً لبعض علمائنا، بأن مهر المثل لايتقدر بقدر؛ لاطلاق الأخبار في ذلك[1]:

مثل رواية عبد الرحمن بن أبي عبدالله عن الصادق عليه السلام، في رجل تزوّج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ثم دخل بها قال: «لها صداق نسائها»[2].

وموثقة منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً، قال: «لاشيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها»[3].

وصحيحة الحلبي قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهراً ثم طلقها، قال: «لها مهر مثل مهور نسائها ويمتعها»[4].

ويؤيده أن البضع ملحق بالأموال، فيجب أن يكون مهر المثل له هو ما يقتضي الرغبات بذله لأمثال تلك المرأة بالغاً ما بلغ كسائر الأموال.

ويؤيد الأول اشتهار القول بذلك بين الأصحاب حتى كاد يكون اجماعاً، بل ادعى الشارح الفاضل الاتفاق على ذلك[5] وليس الأمر كما ادعاه قطعاً، فإن المصنف صرح بالخلاف عندنا في المختلف[6]، وحكى القولين ولم يرجّح شيئاً، ولا شبهة في قوة القول الثاني، لكن مخالفة كبراء الأصحاب من الأُمور المستهجنة، والعمل بالمشهور أحوط.

---

(١) المختلف: ٥٤٩.

(٢) الكافي ٥: ٣٨١ حديث ١٠، التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٦، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٨١٢.

(٣) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٧، الاستبصار ٣: ٢٥٥ حديث ٨١٣.

(٤) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٨، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٨١٤.

(٥) ايضاح الفوائد ٣: ٢١٥.

(٦) المختلف: ٥٤٨.

وهل المعتبر العصبات أو الأقارب مطلقاً ؟ اشكال، أما الأُم فليست من نسبها فلا يعتبر بها.

نعم يعتبر في أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها، فإن البلاد تتفاوت في المهور، وأن يكونوا في مثل عقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وصراحة نسبها، وكل ما يختلف لأجله النكاح.

قوله: (وهل المعتبر العصبات أو الأقارب مطلقاً؟ اشكال).

قد سبق أنه يعتبر في مهر المثل للمرأة عادة أهلها، ولا ريب أن الأهل يصدق من طرف الأم ومن طرف الأب.

وذكر المصنف في اعتباره من الطرفين أو من طرف الأب خاصةوهي العصبات اشكالاً ينشأ: من دلالة الأخبار على اعتبار نسائها وهو عام؛ لأنه جمع مضاف فيعم الأقارب.

ومن أن المهر مما يقع به المفاخرة فيعتبر فيه قرابات الأب دون الأُم؛ لعدم اعتبارهم في المفاخرة، ولأن بنت الشريف اذا كانت امها وضيعة لاحسب لها ولا نسب يضر بحالها اعتبار قرابات امها، وليس بشيء.

وبالأول قال الشيخ[١]، واكثر الأصحاب[٢]. وبالثاني قال ابن البراج[٣]، وضعفه ظاهر، والأول هو المختار.

قوله: (أما الأُم فليست من نسبها فلا يعتبر بها، نعم يعتبر في أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها، فإن البلاد تتفاوت في المهور، وأن يكونوا في مثل عقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وصراحة نسبها، وكل ما يختلف لأجله النكاح).

---

(١) المبسوط ٤: ٢٩٩.

(٢) منهم ابن ادريس في السرائر: ٣٠٢، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٤٨.

(٣) المهذب ٢: ٢١١.

. . . .

هنا مباحث:

الأول: صرح المصنف رحمه الله بأن الأُم لاتعتبر بها في مهر ابنتها؛ لأنها ليست من نسبها؛ لأن النسب إنما هو من جانب الأُبوة دون الأُمومة؛ لما دل عليه قوله تعالى: ﴿وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً﴾[1] وضعف هذا الاستدال أظهر من أن يحتاج إلى البيان؛ لأن الأُم داخلة في نساء المرأة قطعاً.

وقد دلت الأخبار السالفة على اعتبار نسائها، ولم يجر للنسب فيها ذكر، فيجب الاعتبار بها لا محالة وكان على المصنف أن يجعل الاعتبار بالأخص جملة محل الاشكال كذوي الأرحام،فأما الجزم بعدم الاعتبار بها والاشكال فيما عداها ممن ليس بعصبة فلا وجه له.

الثاني: هل يعتبر في أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها؟ اختلف كلام الأصحاب في ذلك فصرح المصنف هنا وفي التحرير[2] باعتبار ذلك، وبه صرّح الشيخ في الخلاف[3]، والمبسوط[4]، وابن البراج[5]، وجعل المصنف في المختلف عدم اعتباره احتمالاً ولم يرجّح شيئاً[6].

ورجّح الشارح الفاضل عدم اعتباره[7]، واطلاق النصوص يشهد له.

ويمكن أن يحتج للأول بأنه لولا اعتبار اتحاد البلد لزم وقوع ضرر عظيم على

---

(١) الفرقان: ٥٤.

(٢) التحرير ٢:٣٥.

(٣) الخلاف ٣:٢٢٤ مسألة ٦ كتاب الصداق.

(٤) المبسوط: ٤:٢٩٩.

(٥) المهذب ٢:٢١١.

(٦) المختلف: ٥٤٩.

(٧) ايضاح الفوائد ٣:٢١٦.

. . . .

الزوج، واللازم باطل بالنص والاجماع.

بيان الملازمة: إن اختلاف البلدان في المهور اختلافاً عظيمًا أمر واقع، فإذا اتفق كون المرأة في بلد مهر نساء اشرافه قليل جداً ومهور أهل تلك المرأة في بلادها في غاية الكثرة كألف اوقية من الذهب مثلاً، ثم نكحت مفوضة، ولم يعتبر البلد في مهر مثل نسائها، بل أوجبنا عليه ذلك الأمر العظيم، وهو غافل عنه لا يعرفه هو ولا أحد من أهل بلاده، بل يربو على مهور أكثر نساء ذلك القطر لزم مالا مزيد عليه من الضرر.

ولأن قيم الأموال الحقيقية يعتبر فيها البلد قطعاً؛ فلأن يعتبر ذلك في قيمة البضع أولى؛ لأنه ليس مالاً حقيقة ولا المقصود الأصلي منه المال، ومختار المصنف قوي.

الثالث: اعتبر ابن البراج في نساء العصبة قرب الدرجة، فإذا وجدت الاخوات والعمات كان الاعتبار بالأخوات[1]، ونحوه قال ابن حمزة[2]، والنصوص وعبارات الأصحاب مطلقة.

الرابع: لا ريب أن نساءها إنما يعتبرن اذا كُن متساويات في جميع الصفات التي تختلف المرأة باختلافها، سواء كانت دنيوية أو دينية، فلو تميّزت عليهن بجمال أو يسار أو صراحة نسب أو شرفه، أو دين أو تقوى ونحو ذلك، اعتبرت تلك الصفة في زيادة مهرها.

ولو نقصت عنهن صفة نقص من مهرها بحسبها، وإلى ذلك اشار المصنف بقوله: (وأن يكونوا في مثل عقلها وجمالها ـ إلى قوله ـ وكل ما يختلف لأجله النكاح)

(١) المهذب ٢: ٢١١.

(٢) الوسيلة: ٢٤٨.

والأقرب عدم تقديره بمهر السنة فيما أشبه الجناية كالنكاح الفاسد، ووطء الشبهة، والاكراه.

والمراد المهر كما قدمناه؛ لعدم تعقل اختلاف النكاح بالنسبة إلى غير المهر.

ومنه يعلم اعتبار جميع تلك الصفات بالاضافة اليها وإن كان أول كلامه قاصراً عن ذلك.

والمراد بصراحة النسب: خلوصه عن التهم المدنسة له، ولا يخفى أن المعتبر مهر النساء الجاري على مقتضى الحال، فلو خففت واحدة مسامحة أو لزيادة شرف ونحوه في زوجها لم يكن تخفيفها معتبراً.

الخامس: لو اختلف مهر نسائها مع المماثلة السابقة اعتبر الأغلب، فإن استوينَ ففي الحكم اشكال. ولو لم يكن لها أقارب، ففي اعتبار مثلها من أهل بلدها اشكال أيضاً، فإن اعتبرناه وفقد ففي اعتبار أقرب البلدان إلى بلدها اشكال أيضاً.

ولا يخفى أن موت نساء الأقارب لايعد مانعاً من الرجوع اليهن، لأن الاعتبار عادتهن ولا ينتفي بموتهن. واعلم أن الضمير المذكور في قوله: (يكونوا) يعود إلى أقاربها، فإن لفظه مذكر ويراد به الاناث.

قوله: (والأقرب عدم تقديره بمهر السنة فيما أشبه الجناية كالنكاح الفاسد، ووطء الشبهة، والاكراه).

قد عرفت أن مهر المثل يجب في مواضع، وقد ذكر المصنف سابقاً ضابطه، وقيده بأن لا يتجاوز مهر السنة، فاقتضى ذلك ثبوت القيد في جميع مواضع مهر المثل، ولما كان ذلك غير مرضي عنده، بل هو مخصوص بما عدا ما اشبه الجناية نبّه عليه بقوله: (والأقرب عدم تقديره...) فهو في قوة الاستثناء من اطلاق الكلام السابق.

ثم ما الذي يراد بـ (ما أشبه الجناية)؟ يلوح من تمثيل المصنف أن يراد به موضع وجوب المهر حيث لا يكون هناك نكاح صحيح.

والمعتبر في المتعة بحال الرجل، فالغني يمتع بالدابة، أو الثوب المرتفع، أو عشرة دنانير. والمتوسط بخمسة، أو الثوب المتوسط. والفقير بدينار، أو خاتم وشبهه.

ويظهر من كلام الشارحين[1] أن المراد به ما عدا المفوضة، فإن استدلالها يرشد إلى ذلك. ووجه القرب أن الوطء في المواضع المذكورة قد استوفى منفعة تقابل بمال فوجب عوضها الذي يقتضي العرف مقابلتها به، ونقص شيء منه على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع القطع بثبوت النقص، وهو المفوضة.

ولو حملت عبارة المصنف على ما يلوح من امثلته، فوجه القرب أن ما أشبه الجناية اتلاف محض؛ لعدم استناده إلى عقد معتبر شرعاً مقرون بالتراضي، فيجب عوضه بالغاً ما بلغ، ولا ينقص منه شيء؛ لانتفاء الرضى المقتضي للنقص.

ويضعّف بأن الرضى وعدمه لا دخل له في الزيادة والنقصان، ويحتمل مع الزيادة على مهر السنة رده اليه؛ لأن ذلك عوض البضع شرعاً، فيكون هو الواجب في كل موضع من مواضع وجوب مهر المثل دون ما عداه.

ولقائل أن يقول: إن التخصيص الذي ذهب إليه المصنف لا يدل عليه دليل؛ لأن الخلاف في رد مهر مثل المفوضة إلى السنة مع الزيادة عليه ثابت، فانتفى الاتفاق الذي ادعاه الشارح، وليس في الباب نص يرجع إليه سوى رواية أبي بصير السالفة[2] وهي مع ضعفها غير دالة على المطلق، فاللازم القول بوجوب مهر المثل من غير نقص.

قوله: (والمعتبر في المتعة بحال الرجل، فالغني يمتع بالدابة أو الثوب المرتفع أو عشرة دنانير، والمتوسط بخمسة أو الثوب المتوسط، والفقير بدينار أو خاتم وشبهه).

---

(١) ايضاح الفوائد ٣:٢١٦.

(٢) التهذيب ٧:٣٦٢ حديث ١٤٦٩، الاستبصار ٣:٢٢٥ حديث ٨١٥.

. . . .

قد سبق أن المفوضة اذا طلقت قبل الدخول وجب لها المتعة لا غير، وهو منصوص في الكتاب والسنة ومجمع عليه بين المسلمين.

قال الله تعالى: ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾[١].

وفي رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «اذا كان الرجل موسعا عليه متع امرأته بالعبد والأمة، والمقتر يمتع بالحنطة والزبيب والثوب والدراهم»[٢] الحديث.

وعن أبي بصير قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾[٣] ما أدنى ذلك المتاع اذا كان الرجل معسراً لايجد؟ قال: «الحمار وشبهه»[٤].

إذا تقرر ذلك فاعلم أن المشهور بين الأصحاب أن الاعتبار في المتعة بحال الزوج بالنظر إلى يساره واعساره بحسب العادة دون الزوجة، وقال بعض الأصحاب: إن الاعتبار بحالها جميعاً، وحكى الشيخ في المبسوط قولاً إن الاعتبار بها[٥].

والأصح الأول، لظاهر الآية والرواية، وقد قسم الأصحاب حال الزوج إلى ثلاثة: اليسار، والاعسار، والتوسط فإنه في الواقع كذلك، وعيّنوا لكل مرتبة أشياء على مقتضى القانون العرفي.

ولا يمتنع أن يراد بالدابة الفرس؛ لأن ذلك هو الاستعمال الشائع بين الفقهاء، وقد سبق في الرواية العبد أو الأمة وهما بمنزلة الفرس، ولو اريد غيرها بحيث يدخل البغل والحمار جاز أيضاً مع نفاسته.

---

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) الكافي ٦:١٠٥ حديث ٣، التهذيب ٨:١٣٩ حديث ٤٨٤.

(٣) البقرة: ٢٤١.

(٤) الكافي ٦:١٠٥ حديث ٥، التهذيب ٨:١٤٠ حديث ٤٨٦.

(٥) المبسوط ٤:٢٩٥.

ولا يستحق المتعة إلّا المطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها.

واطلقوا الخاتم بالنسبة إلى الفقير، فلا يتقيد بكونه ذهباً ولا فضة، لكن لابد من أن يكون منظوراً إليه في العادة.

قوله: (ولا تستحق المتعة إلّا المطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها).

المراد بالاستحقاق وجوبها لها، يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن﴾[1] فإن المعنى ـ والله اعلم ـ نفي الجناح.

والمراد به هنا المهر أو نصفه عمن طلق إلّا أن يمس، أي يدخل أو يفرض المهر وأمر بالمتعة حينئذ والأمر للوجوب. وروى الحلبي عن أبي عبد الله في رجل طلّق امرأته قبل أن يدخل بها قال: «عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، وإن لم يكن فرض فليمتعها على نحو ما يمتع مثلها من النساء»[2] الحديث.

ولا تجب المتعة لغير المذكور لكن يستحب، روى حفص ابن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يطلق امرأته أو يمتعها قال: «نعم، أما تحب أن يكون من المحسنين، أما تحب أن يكون من المتقين»[3].

وذهب المصنف في المختلف إلى وجوب المتعة إذا فارق المفوضة قبل الدخول بلعان وشبهه من الأسباب الصادرة عنه كردته واسلامه، بعد أن حكى عن الشيخ في المبسوط[4] التردد في ذلك نظراً إلى أنها في معنى الطلاق.

---

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) الكافي ٦:١٠٦ حديث ٣، التهذيب ٨:١٤٢ حديث ٤٩٣.

(٣) الكافي ٦:١٠٤ حديث ١، التهذيب ٨:١٤٠ حديث ٤٨٧.

(٤) المبسوط ٤:٣٢٠.

ولو اشترى زوجته فسد النكاح، ولا مهر ولامتعة.

وللمفوضة المطالبة بفرض المهر لمعرفة ما يستحق بالوطء أو للتشطير بالطلاق،

واختار في المختلف عدم الوجوب في غير المطلق[1]، وهو مختار ابن ادريس[2]، واختاره المصنف في التحرير[3]، وهو الأصح.

قوله: (ولو اشترى زوجته فسد النكاح ولا مهر ولا متعة).

المراد شراؤها قبل الدخول؛ لأنه اذا دخل وجب المهر للسيد، والمراد أيضاً ما اذا كانت مفوضة، لأن غيرها لا يجب متعتها وإن طلقت.

وإنما لم يجب المتعة هنا؛ لأن الفرقة بغير الطلاق لا يجب بها المتعة، على ما قدمناه، ولأنه لو وجب شيء لكان حقه أن يكون له، لأنه المشتري على ما سبق في نكاح الاماء ولا يجب له على نفسه مال.

واعلم أنه لافرق في وجوب المتعة حيث يجب بين كون الزوج حراً أو عبداً، ولا بين كون الزوجة حرة أو أمة، ولا يخفى أن الاعتبار في الزوج العبد بحال السيد.

قوله: (وللمفوضة المطالبة بفرض المهر لمعرفة ما يستحق بالوطء أو للتشطير بالطلاق).

قد بينا فيما سبق أن المفوضة لا تستحق المهر بالعقد لكنها ملكت ان تملكه، فلها مطالبة الزوج بفرضه وتعيينه قبل المسيس لفوائد:

منها: أن تعرف ما يستقر لها بالوطء فتكون على تثبت من تسليم نفسها.

ومنها: تشطره بالطلاق ونحوه كالردة.

ومنها: لزومه بموت أحدهما، وإنما كان لها المطالبة بالفرض لأنها بالعقد ملكت

---

(١) المختلف: ٥٥١.

(٢) السرائر: ٣٠٢.

(٣) التحرير ٢:٣١١.

ولها حبس نفسها للفرض والتسليم.

ولو اتفقا على الفرض جاز، وإن اختلفا ففي فرض الحاكم اذا ترافعا إليه نظر اقربه أنه يفرض مهر المثل.

ان تملك مهراً، لأنه لولا ذلك لم يجب المهر بالفرض إذ هو بمنزلة الوعد، والثاني باطل، فلها طلب فرضه وتعيينه، لامتناع التسليم اليها بدونه، فمتى فرضه كان كالمسمى بالعقد.

قوله: (ولها حبس نفسها للفرض والتسليم).

لأن النكاح فيه بمعنى المعاوضة وان جاز اخلاء العقد عن ذكر المهر، ولولا ذلك لكان كالهبة، فللزوجة حبس نفسها للفرض وتسليم المفروض، لأن قضية المعاوضات حبس المعوض إلى حين قبض العوض.

قوله: (ولو اتفقا على الفرض جاز، وإن اختلفا ففي فرض الحاكم اذا ترافعا اليه نظر، اقربه انه يفرض مهر المثل).

لاشبهة في أن الزوجين اذا اتفقا على فرض المهر صح وتعين ما فرضاه، وإن لم يتفقا فالاحوال ثلاث:

الأولى: أن يفرضه الحاكم اذا ترافعا إليه، وفي صحته نظر ينشأ: من أن الفرض اثبات للمهر في ذمة الزوج، وذلك منوط بتراضي الزوجين دون حكم الحاكم.

ومن أن الغرض من نصبه سد باب الخصومات وقطع المنازعات، وليس الفرض اثباتاً للمهر بل انه تعيين له، فيصح منه كما يعين النفقة للزوجة ونحوها على الغائب ومن جرى مجراه.

والأقرب عند المصنف أنه يصح فرضه لمهر المثل من غير زيادة ولانقصان، كما في قيم المتلفات، ولا يقدح زيادة القدر اليسير الذي يقع في محل الاجتهاد، وكذا نقصانه؛ لأنه مما لايتحرز منه في العادة، ولايعد في العادة زيادة ولا نقصانا كتفاوت المكاييل والموازين.

ولـو فرضه أجنبي ودفعه إليها ثم طلّقها احتمل المتعة، فترد على الاجنبي؛ لأن فرض الأجنبي يوجب على الزوج مالاً، وليس ولياً ولا وكيلاً

وعلى ما اختاره من أن مهر المثل إن زاد عن مهر السنة رد إليه يجب أن يقال هنا: يفرض مهر المثل إلاّ أن يزيد على مهر السنة فيفرض مهر السنة لا أزيد ولا انقص، وبه صرح في التحرير[1]، وعلى ما اخترناه يفرض مهر المثل مطلقا.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنه لابد أن يكون الحاكم عارفاً بمهر المثل، وإلاّ لم يصح فرضه، كما في قيم المتلفات والنفقات اذا انتهى الأمر اليه في تعيينها، وإنما يفرضه من نقد البلد الغالب حالاً كما في سائر القيم.

فإن رضيت الزوجة بالتأجيل لم يثبت الأجل؛ لأنه خلاف الأصل،ولا حتمال الضرر على الزوج.

ثم عُد الى عبارة الكتاب واعلم أنه يلوح من ظاهرها أن في فرض الحاكم ثلاثة أوجـه:

أحدها: العدم.

والثاني: صحة الفرض.

والثالث: تقييد الصحة بكون المفروض مهر المثل. والدال على ذلك فيها هو تقييد الأقرب بكون المفروض مهر المثل، إذ لو كان منشأ النظر هو احتمال عدم الفرض واحتمال فرض مهر المثل كفى ترجيحه عن تعيين مهر المثل.

ولا شك في أن المسألة لا يتجه فيها إلاّ احتمالان؛ لامتناع تجويز الفرض مطلقاً امتناعاً ظاهراً كما في سائر القيم.

قوله: (ولو فرضه أجنبي ودفعه اليها ثم طلقها احتمل المتعة فيرد على الأجنبي؛ لأن فرض الأجنبي يوجب على الزوج مالاً، وليس ولياً ولا

---

(١) التحرير ٢:٣٥.

فكان وجود فرضه كعدمه. والصحة؛ لأنه يصح قضاؤه عنه فصح فرضه.

ويرجع نصفه إما إلى الزوج؛ لأنه ملكه حين قضى به ديناً عليه، أو إلى الأجنبي؛ لأنه دفعه ليقضي به ما وجب لها عليه، وبالطلاق سقط وجوب النصف، فيرد النصف إليه؛ لأنه لم يسقط به حق عمن قضاه عنه.

وكيلًا، فكان وجود فرضه كعدمه. والصحة؛ لأنه يصح قضاؤه عنه فيصح فرضه، ويرجع نصفه إما الى الزوج؛ لأنه ملكه حين قضى به ديناً عليه، أو إلى الاجنبي؛ لأنه دفعه ليقضي به ما وجب لها عليه، وبالطلاق سقط وجوب النصف فيرد النصف اليه؛ لأنه لم يسقط به حق عمن قضاه عنه).

هذه هي الحالة الثانية، وهي أن يفرض المهر الأجنبي، والمراد به من ليس له ولاية ولا وكالة وليس له حكم، فإذا فرضه ورضيت به ثم دفعه اليها من ماله ثم طلقها الزوج، ففي صحة الفرض والدفع احتمالان:

أحدهما: البطلان، فتجب للزوجة المتعة كما في كل مفوضة طلقت قبل الفرض والدخول، وقد وجه المصنف البطلان بأن فرض الأجنبي اذا صح يوجب على الزوج مالا وليس ولياً ولا وكيلا فكان لغوا وجوده كعدمه.

والثاني: الصحة؛ لأن المهر كسائر الديون يصح من الأجنبي قضاؤه عن الزوج فيصح فرضه، لأن القضاء فرع الفرض، فلو لم يصح الفرض لم يصح القضاء، والتالي باطل.

ولقائل أن يقول: تمنع صحة القضاء في محل النزاع؛لأن الذي يصح قضاؤه من الأجنبي هو الدين الثابت في الذمة دون غيره، والمهر في محل النزاع ليس كذلك.

اذا تقرر ذلك، فعلى احتمال الصحة إلى مَن يعود نصف المدفوع من الأجنبي

بالطلاق؟ ذكر المصنف فيه احتمالين:

أحدهما: عوده إلى الزوج، واستدل عليه بأنه قد ملكه ضمناً حين قضى به دينه، وفيه منع.

والثاني: عوده إلى الأجنبي؛ لأنه دفعه ليقضي به ما وجب لها على الزوج، وبالطلاق سقط وجوب النصف فيرد الى الدافع؛ لأنه لم يسقط به حق عمن دفعه عنه.

ولقائل أن يقول: إن سقوط النصف إنما تحقق بعد القضاء والحكم بصحته لأنه المفروض، فكيف يصح قوله: (لم يسقط به حق عمن قضاه عنه)، ويمكن توجيهه بأن ملكية هذا النصف دائرة بين الزوج والزوجة، والدافع إما الزوجة فقد بطل ملكها إياه بالطلاق، وإما الزوج فإنه لادليل يدل على دخوله في ملكه، فلم يبق إلّا الدافع.

والأصح بطلان كل من الفرض والدفع، فلها المتعة، والمدفوع باق على ملك دافعه.

ثم عد الى عبارة الكتاب وتنبه لأُمور:

الأول: إن المصنف هنا وفي التحرير فرض المسألة ـ أعني فرض الأجنبي للمهر ـ فيما اذا فرضه ودفعه[1]، وكذا الشيخ في المبسوط[2]، فيلوح من ذلك ان فرضه من دون الدفع لا أثر له وهو متجه؛ لأنه حينئذٍ حكم على من لا سلطنة له عليه.

الثاني: إن رضى الزوجة لا بد منه؛ لامتناع القضاء من دونه، وهذا وان لم يصرح به المصنف إلّا أن عبارته يستلزمه، من حيث ان دفعه اليها وأخذها له يستلزم رضاها.

الثالث: قوله: (لأنه ملكه حين قضى به ديناً عليه).

ينبغي أن يكون ملكه فعلاً ماضياً فيه ضمير للزوج والبارز للمهر، والضمير في

---

(١) التحرير ٢:٣٥.

(٢) المبسوط ٤:٢٩٦.

ولو لم ترض بما فرضه الزوج بطل الفرض، فإن طلقها قبل الدخول فالمتعة، ولم يكن لها نصف ما فرضه وإن كان قد رضي به؛ لأنها لم تقبله.

ويقبل فرضه إذا كان بقدر مهر المثل فصاعداً وإن كان محجوراً عليه للفلس، ويلزمه وإن زاد عن مهر السنة، لكن تضرب المرأة مع الغرماء بمهر المثل في المحجور عليه، ويتبع بالزيادة بعد فكه.

(قضى) يعود إلى الزوج أيضاً، وحقه أن يعود إلى الأجنبي، وفي عوده اليه اختلاف مرجع الضمائر بغير مائز،ولو جعل مجهول الفاعل سلم من ذلك،لكن نصب(ديناً)يأباه، وقوله آخراً: (عمن قضاه عنه) أراد به قصد القضاء، أي عمن قصد قضاءه عنه.

قوله: (ولو لم ترض بما فرضه الزوج بطل الفرض، فإن طلقها قبل الدخول فالمتعة ولم يكن لها نصف ما فرضه وإن كان قد رضي به؛ لأنها لم تقبل).

هذه هي الحالة الثالثة، وهي أن يفرض المهر الزوج وحده، فإن لم ترض به كان باطلاً، وسيأتي إن شاء الله تعالى ما يعلم منه أن ذلك ليس على اطلاقه، فإن طلقها قبل الدخول في هذه الحالة لم يجب لها إلاّ المتعة، فلا تستحق نصف ما فرضه.

وإن كان هو قد رضي به؛ لأن رضاه وحده لا اعتبار به من دون رضاها، لأن تعيين المهر وثبوته في الذمة موقوف على قبولها ورضاها، ومع انتفائه فلا شيء.

قوله: (ويقبل فرضه اذا كان بقدر مهر المثل فصاعداً وإن كان محجوراً عليه للفلس، ويلزمه وإن زاد عن مهر السنة، لكن تضرب المرأة مع الغرماء بمهر المثل في المحجور عليه ويتبع بالزيادة بعد فكه).

هذا كالاستثناء مما سبق من أنها لو لم ترض بما فرضه الزوج بطل الفرض، وتقريره انه اذا فرض الزوج المهر بدون رضى الزوجة قبل فرضه اذا كان بقدر مهر المثل فصاعدا.

. . . .

صرح بذلك المصنف هنا وفي التحرير[١]، ووجهه أنها لا تستحق الزيادة على مهر المثل، ولو طلبتها لم يجب اليها، واذا انتهى الفرض الى الحاكم لم يجز أن يفرض الزيادة، ولو رضيت بالنقيصة لم يلزمه قبولها، فلزم الحكم بقبول فرضه إياه.

وكذا إن زاد عليه بطريق أولى، واليه الاشارة بقوله: (فصاعداً)، ولأن اطلاق الآية يقتضي اعتبار فرضه مطلقاً، خولف فيما نقص عن مهر المثل لأنه لا يصح إلّا برضاها قطعاً، فيبقى الباقي على حكم.

واطلق الشيخ في المبسوط اعتبار رضاها في صحة الفرض[٢]، وكما يصح ويلزم فرضه مهر المثل وأزيد منه اذا كان مطلق التصرف، فكذا يصح اذا كان محجوراً عليه للفلس؛ لأنه إنما يمنع من التصرف في أعيان الأموال؛ لتعلق حقوق الغرماء بها دون الزام ذمته بمال لغيره، لأنه كامل، بخلاف المحجور عليه للسفه.

فإذا فرض مهر المثل صح وضربت به مع الغرماء قطعاً؛ لأنه عوض البضع المكافئ له، ولهذا صح للمريض التزوج بمهر المثل فما دون.

ولا ينظر إلى زيادته على مهر السنة وإن حكمنا بردها الى السنة لو دخل بها قبل الفرض؛ لأن ذلك ثبت على خلاف الأصل فيقتصر على موضعه، ولأن العوض الحقيقي للبضع مهر المثل كما في سائر قيم الأشياء.

والى ذلك أشار بقوله: (ويلزمه وإن زاد عن مهر السنة) أي: وإن زاد قدر مهر المثل فصاعداً عن مهر السنة. وإن فرض أزيد منه ضربت بمهر المثل مع الغرماء، وتبعته بالزيادة بعد فكه لاستقرارها في ذمته وعدم مشاركة الغرماء لها.

وإنما حسن الاستدراك بـ (لكن) في كلام المصنف؛ لأن مقتضى قوله: (ويلزمه وإن زاد عن مهر السنة) إنها تضرب بالجميع، وليس كذلك، فاستدرك لدفع هذا الوهم.

---

(١) التحرير ٢:٣٥.

(٢) المبسوط ٤:٢٩٧.

أما لو فرض أقل، فإن كان بقدر السنة فالأقوى اللزوم، وينبغي أن لا يدخل بالمفوضة إلّا بعد الفرض.

ولـو وطأ المفوضة بعد سنين وقد تغيّرت صفتها وجب مهر المثل، معتبراً بحال العقد ومهر المثل حال.

قوله: (أما لو فرض أقل، فإن كان بقدر السنة فالأقوى اللزوم).

قد سبق قبول فرضه بمهر المثل فصاعداً، فلو فرض أقل منه: فإن كان أقل من مهر السنة فلا شبهة في اعتبار رضاها في صحته، وإن كان بقدره ففي صحته بدون رضاها ولزومه وجهان:

أقواهما عند المصنف الصحة واللزوم؛ لأنها بالدخول لا تستحق أزيد منه. ولو كانت مفوضة المهر والحكم اليها لم يجز لها أن تحكم بأزيد منه فكذا هنا بل أولى؛ لأن تطليقها قبله يوجب المتعة.

وموت أحدهما لايجب معه شيء، وللمانع أن يمنع الملازمة، وقد أسلف المصنف أن الحاكم مع تنازعهما إنما يفرض مهر المثل لا أنقص وإن زاد عن مهر السنة، فكيف يلزمها حكمه بمهر السنة مع نقصه.

والثاني: العدم؛ لأن الرجوع إلى مهر السنة مع نقصه ثبت على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع اليقين ومحل الوفاق، والأولى أن يقال: إن حكمنا بردها إلى مهر السنة مع زيادة مهر المثل عليه لزم القول بعدم زيادة حكم الحاكم عن مهر السنة مع تنازعهما وترافعهما عليه، وبقبول فرض الزوج إذا لم ينقص عن مهر السنة، وإلّا فلا.

قوله:(وينبغي أن لايدخل بالمفوضة إلّا بعد الفرض، ولو وطأ المفوضة بعد سنين وقد تغيرت صفتها وجب مهر المثل معتبراً بحال العقد ومهر المثل حال).

ولو كان الزوج من عشيرتها والعادة في نسائها تخفيف المهر للقريب خفف، وكذا لو خفف عن الشريف.

هنا مسائل:

الأولى: يستحب للزوج أن لايدخل بالمفوضة إلّا بعد أن يفرض لها المهر، ليكون على بصيرة من أمرها، وهو المراد من قول المصنف: (وينبغي).

الثانية: لو تزوجها مفوضة وتركها عدة سنين حتى تغيرت حالها وتبدلت صفتها ثم دخل بها، وجب مهر المثل معتبراً بحال العقد، دون حال الوطء؛ لأن زمان العقد هو وقت ملكية البضع ووقت دخوله في ضمانه، وهو الوقت الذي فيه ملكت ان تملك مهراً بالعقد، وكان الاعتبار به. ويحتمل الاعتبار بحال الوطء؛ لأنه وقت وجوب المهر، والأول هو المذهب.

الثالث: مهر المثل الواجب بالدخول، والفرض من الحاكم والزوج إنما يكون حالاً كما في قيم المتلفات، وكذا اذا تراضى الزوجان على فرضه ولم يؤجلاه فإن فرضاه مؤجلاً فسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى.

قوله: (ولو كان الزوج من عشيرتها، والعادة في نسائها تخفيف المهر للقريب خفف، وكذا لو خفف عن الشريف).

قد سبق في تعيين مهر المثل أن المرجع فيه إلى عادة نسائها، فإذا كان الزوج من عشيرة المرأة واقربائها، وكان عادة ضائها تخفيف المهر عن الزوج القريب وتثقيله على البعيد، خفف عنه كذلك اعتباراً بعادتهن.

وكذا لو كان من عادتهن التخفيف عن الشريف نسباً أو صفة ونحوهما، وكان الزوج كذلك خفف عنه كذلك.

فإن قيل: لا دخل لصفات الزوج في مهر المثل، فلا ينظر إلى شرفه وقربه وضدهما، فكيف اعتبرت صفاته هنا.

قلنا: الأمر كذلك ولم تعتبر صفاته هنا من حيث هي صفاته.

ويجوز اثبات الأجل في المفروض والزيادة على مهر المثل، سواء كان من جنسه أولا.

وإنما اعتبرت من جهة حصول صفة القرابات باعتبارها، فإن كونهن زوجات لرجال العشيرة صفة اقتضت تخفيف مهورهن بحسب العادة ونقصها، فإذا شاركهن في تلك الصفة نقص من مهرها كما نقص من مهورهن باعتبارها، وكذا القول في شرف الزوج ونحوه.

قوله: (ويجوز اثبات الأجل في المفروض، والزيادة على مهر المثل، سواء كان من جنسه أو لا).

هنا مبحثان:

الأول: اذا فرض الزوجان المهر في محل الفرض بتراضيهما، جاز لهما فرضه مؤجلاً إذا كان الأجل معيناً، كما لو سمياه في العقد مؤجلاً، ولإطلاق الفرض في الآية، وهو صادق مع التأجيل، خرج منه ما اذا لم ترض الزوجة به فيبقى ما عداه، ويحتمل عدم الجواز؛ لأن مهر المثل لايكون إلّا حالاً، والمفروض بدل منه، وهو ضعيف.

الثاني: اذا فرض أزيد من مهر المثل صح، وإن لم ترض الزوجة كما سبق.

وفي وجه للشافعية العدم؛ لأن الأصل مهر المثل كما في قيم الأموال فلايزاد عليه[1] وضعفه ظاهر، ولا فرق في هذا الحكم ـ أعني جواز الزيادة ـ بين أن يكون المفروض من جنس مهر المثل أو من غير جنسه.

وبعض الشافعية قطع بأن غير الجنس تصح فيه الزيادة، كما لو فرض عوضاً تزيد قيمته على مهر المثل، وخص الوجهين بما اذا كان من الجنس [2]، والتحقيق الجواز من غير فرق.

وإلى ذلك اشار المصنف بقوله: (سواء كان من جنسه أو لا) أي: يجوز فرض

---

(١) انظر: الوجيز ٢:٢٩، مغني المحتاج ٣:٢٣٠.

(٢) انظر: الوجيز ٢:٢٩، مغني المحتاج ٣:٢٣٠.

ولو ابرأته قبل الوطء والفرض والطلاق من مهر المثل أو المتعة أو منها لم يصح.

ولو قالت: أسقطت حق طلب الفرض لم يسقط.

ولو كان نساؤها ينكحن بألف مؤجلة لم يثبت الأجل، لكن ينقص بقدره منها.

الزائد على كل من التقديرين.

قوله: (ولو أبرأته قبل الوطء والفرض والطلاق من مهر المثل أو المتعة أو منها لم يصح، ولو قالت: أسقطت حق طلب الفرض لم يسقط).

هنا مسألتان:

الأولى: اذا ابرأت المفوضة الزوج قبل الوطء والفرض والطلاق من مهر المثل، أو من المتعة، أو منها لم يصح الابراء قطعاً، سواء كانت عالمة بمهر المثل أو المتعة أم لا؛ لأن المهر لا يجب للمفوضة إلّا بالوطء أو الفرض.

والمتعة إنما تجب بالطلاق قبل الدخول، والفرض انتفاء الجميع، فيكون ابراء مما لم يجب، ووجود سبب وجوبه لايقتضي صحته.

الثانية: اذا اسقطت المفوضة عن الزوج حق طلب الفرض للمهر لم يسقط، كما لو أسقطت زوجة المولى حقها من مطالبة الزوج فإنه لايسقط؛ وذلك لأن ثبوت المهر عند الوطء أو الفرض لايسقط باسقاطها، وحق طلب الفرض تابع له.

ولايخفىٰ أن الفرض طلب حق المفوضة، فالحق في العبارة هو الطلب والاضافة بيانية.

قوله: (ولو كان نساؤها ينكحن بألف مؤجلة لم يثبت الأجل، لكن ينقص بقدره منها).

أي: لو كانت عادة نساء المفوضة أن ينكحن بألف مثلاً مؤجلة، بحيث كان الأجل داخلًا في عادتهن، فإذا استحقت مهر المثل بالوطء أو بالحاكم لم يثبت الأجل

ولو سامحت واحدة من العشيرة لم يعتبر بها.

فيه؛ لأن مهر المثل يلحق بقيم المتلفات.

ولاتعتبر الاحالة كما سبق، لكن ينظر مقدار ما يقابل الأجل من الألف في العادة فينتقص ؛ لأنه ليس من جملة مهر المثل، فإن الأجل له حظ من العوض ويجب لها ماعداه.

ثم عُد الى العبارة واعلم أن في بعض الحواشي المنسوبة إلى شيخنا الشهيد أن في العبارة مؤاخذتين:

احداهما: أن الألف تزيد على مهر السنة، وقد حكم برد مهر المثل الى السنة، فلا يستقيم التمثيل به.

الثانية: ان الألف مذكر، فكيف وصفه بالمؤنث وهو قوله: (مؤجلة) والتطابق بين الموصوف والصفة في التذكير والتأنيث واجب.

ثم أجاب عن الأولى بأن الألف في العبارة مبهم، فلا يتعين أن يكون دراهم ـ ليلزم مخالفة ماحكم به سابقاً. ولو سلّم حمل على دراهم صغار، ولا يزيد على مهر السنة المعتبر بالدراهم الشرعية.

ويمكن أن يجاب أيضاً بأن ذلك في العبارة وقع موقع المثال، فلم يتعيّن أن يكون جارياً على مذهبه بحصول الفرض به مطلقاً.

وعن الثانية بتأويل الألف بجملة من المال، واجراء الوصف عليه باعتبار هذا التأويل. وللمانع أن يمنع حصول التطابق بالتأويل المذكور.

ويمكن الجواب بأن الألف مذكر اللفظ مؤنث المعنى؛ لأنه في معنى الجمع فالوصف بالمؤنث جار على المعنى.

قوله: (ولو تسامحت واحدة من العشيرة لم يعتبر بها).

المراد بمسامحتها أن تنكح بأقل من عادة نسائها، لا بصفة تقتضي النقص فيها، وحينئذٍ فلا يعتبر بها في تقدير مهر المثل، فيكون الاعتبار بمن عداها، بل يقال: إن

والاعتبار في الوطء في النكاح الفاسد بمهر المثل يوم الوطء وإذا اتحدت الشبهة اتحد المهر، وإن تعدد الوطء.

ولو لم يكن شبهة كالزاني مكرها، وجب بكل وطء مهر،

مهر مثلها مثل مهر الباقيات إذا استوين في الصفات.

قوله: (والاعتبار في النكاح الفاسد بمهر المثل يوم الوطء).

قد سبق أن الاعتبار في النكاح الصحيح بمهر المثل يوم العقد دون يوم الوطء؛ لأنه سبب وجوب المهر، فإذا اختلفت صفات المرأة يوم العقد ويوم الوطء كان المعتبر حالها يوم العقد.

أما النكاح الفاسد فلأنه لايترتب عليه أثره ولا يثمر ملكية البضع، فلا يعد سبباً لمهر المثل، فلا ينظر إلى حال المرأة عند انشاء عقده، بل إنما يعتبر حالها عند الوطء، لأنه حين الاتلاف المقتضي لضمان المهر.

ومن هذا يعلم أن المصنف لو قال بدل: (يوم الوطء) حين الوطء، لكان أسلم، فإن الحال قد يختلف في اليوم.

قوله:(وإذا اتحدت الشبهة اتحد المهر وإن تعدد الوطء، ولو لم تكن شبهة كالزاني مكرهاً وجب بكل وطء مهر).

هذا كالمتمم لما سبق؛ لأن الوطء بالنكاح الفاسد مع الجهل بالفساد من جملة افراد الشبهة، وعبارته مثبتة لحكم جميع افرادها، فيندرج فيها الوطء بالعقد الفاسد.

وتقريرها ان اتحاد مهر المثل وتعدده الواجب بالوطء بالشبهة دائر مع اتحاد الشبهة وتعددها، سواء اتحد الوطء مع اتحاد الشبهة أو تعدد، فإذا اتحدت الشبهة وجب مهر واحد بالوطء وإن تعدد، كما أن اتحاد المهر وتعدده في النكاح الصحيح تابع لاتحاد العقد وتعدده مع وجود الوطء.

ولاينظر إلى اتحاده وتعدده؛ وذلك لأن سبب الوجوب هو الشبهة مع الوطء، فيكون المعتبر اتحادها وتعددها؛ لأن تعدد الأسباب يقتضي تعدد المسببات؛ لأصالة

وإذا وجب الواحد بالوطء المتعدد اعتبر أرفع الأحوال.

عدم التعدد، واتحاد السبب يقتضي اتحاد المسبب؛ لانتفاء المقتضي لما زاد على الواحد، كما لو ظن امرأة أمته واستمر ذلك سنة مثلا والوطء يتكرر منه فإن الواجب مهر واحد.

ولو انكشف فساد الظن وعلم الحال، ثم حصل ظن بسبب آخر فوطأ وجب مهران، وهكذا. ولو لم يكن مع وطء شبهة لكن اُلحق بالشبهة بسبب الاكراه، كالزاني بامرأة مكرهاً لها وجب لكل وطء مهر؛ لتعدد السبب الموجب وهو الزنا مع الاكراه، فإن الوجوب هنا بالاتلاف باستيفاء منفعة البضع.

ولايخفى أن المراد باتحاد الشبهة وتعددها بالنسبة الى الرجل دون المرأة، وإن كان جهلها بكون الوطء محرماً شرطاً في استحقاق المهر؛ لأنه لامهر لبغي، فلو تعددت الشبهة بالنسبة إلى الرجل واتحدت بالنسبة الى المرأة تعدد المهر لتعدد السبب.

وأما اكراه الزاني فإنه كالشبهة في حق المرأة، ولهذا يلحق بها الولد لو حملت منه، والمقتضي لوجوب المهر هو الوطء مع الاكراه.

ولا ريب في تعدده اذا تعدد الوطء كذلك.

وقد سبق من المصنف في باب الغصب اشكال في التعدد بتعدد الوطء هنا، وجزم هنا بالتعدد وهو المفتي به،ولو كانت الشبهة من طرف المرأة خاصة وجب المهر فإنها ليست بغياً وقد استوفى منفعة البضع.

فإن كرر الوطء عالماً واتحدت الشبهة من طرف المرأة، أمكن القول بتعدد المهر بتعدد الوطء، كما اذا اكرهها على الزنا؛ لأن الوجوب في الموضعين بالاتلاف استيفاء منفعة البضع وذلك متعدد، وعبارة الكتاب خالية عن ذكر هذه المسألة.

قوله: (واذا وجب الواحد بالوطء المتعدد اعتبر أرفع الأحوال).

اذا وطأ بشبهة واحدة كالعقد الفاسد وتكرر الوطء، فإن لم تختلف أحوال المرأة

ولو دخل ولم يسمّ شيئاً وقدّم لها شيئاً، قيل: كان ذلك مهرها ولا شيء لها بعد الدخول، إلاّ أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره.

بالنسبة الى مهر المثل، بأن اتفقت صفاتها عند كل وطء فلا بحث.

وإن اختلفت وكانت في بعض أوقات الوطء أكمل من البعض الآخر، كما لو كانت صغيرة مهزولة جاهلة فقيرة مثلا، ثم كبرت وسمنت وعلمت وأيسرت. ونحو ذلك اعتبر مهر المثل بأرفع الأحوال؛ لأن الوطء الواقع في تلك الحالة لو انفرد لأوجب المهر الأعلى، فلا ينتقص بضميمة الوطء في غير ذلك الوقت اليه فيجعل وجوده كعدمه.

ولا يخفى أن المراد في عبارة الكتاب بـ (أرفع الاحوال) ارفع احوال المرأة في أوقات الوطء المتعدد.

قوله: (ولو دخل ولم يسمّ شيئاً وقدم لها شيئاً قيل: كان ذلك مهرها ولا شيء لها بعد الدخول، إلاّ أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره).

اذا لم يسم الزوج مهراً في العقد ولا بعده قبل الدخول بأن تزوجها مفوضة، ولم يفرض لها مهراً، ثم دخل بها بعد أن قدم لها شيئاً فقد ذهب أكثر الأصحاب كالشيخين[١]، وابن البراج[٢]، وابن ادريس[٣]، وسلار[٤] الى أن ما قدمه هو المهر ولا شيء لها غيره، قليلاً كان أو كثيراً؛ لرواية أبي عبيدة عن الفضيل في الصحيح عن الباقر عليه السلام: في رجل تزوج امرأة فدخل بها وأولدها ثم مات عنها، فادعت شيئاً من صداقها على ورثة زوجها، فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث، فقال: «أما الميراث فلها أن تطلبه، وأما الصداق فإن الذي أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها

---

(١) المقنعة: ٧٨، النهاية: ٤٧٠.

(٢) المهذب ٢:٢٠٢.

(٣) السرائر: ٣٠١.

(٤) المراسم: ١٥٢.

. . . .

هو الذي حل للزوج به فرجها، قليلاً كان أو كثيراً، إذا هي قبضته منه وقبلت ودخلت عليه فلا شيء لها بعد ذلك»[1].

إلى هنـا انتهى كلامـه رحمـه الله وقدس روحه، والحمد لله الذي يتم بنعمه الصالحات، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين آمين.



(١) الكافي ٥:٣٨٥ حديث ١، التهذيب ٧:٣٥٩ حديث ١٤٥٩، الاستبصار ٣:٢٢٢ حديث ٨٠٥.



كتاب النكاح

النكاح المنقطع:

أحكام النكاح المنقطع:

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

ثالثاً: الطلاق

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

النكاح بالملك:

أحكام العيوب:

التدليس:

فروع:

أحكام المهر

المهر الصحيح:

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

المهر الفاسد:

تفويض البضع